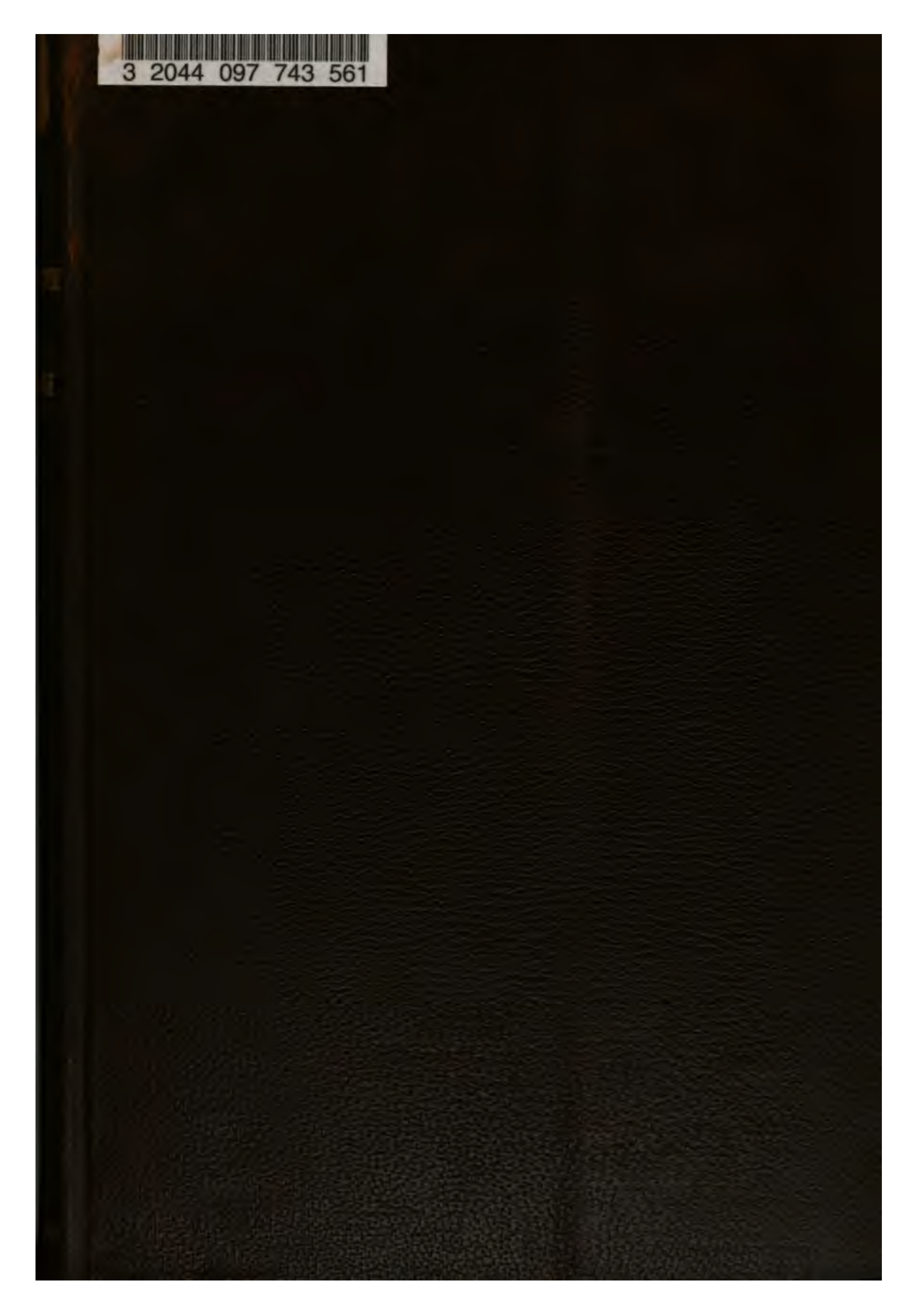

3 2044 097 743 561


SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV ANG
VE
RI
TAS
CHRISTO ET ECCLESIAE

Die

# Condictio als Bereicherungsklage

im

# klassischen römischen Recht

Von

**Dr. J. von Koschembahr-Lyskowski**
Professor des römischen Rechtes an der Universität Lemberg

Zweiter Band



**Weimar**
Hermann Böhlaus Nachfolger
1907

Die

# Condictio als Bereicherungsklage

im

# klassischen römischon Recht

Von

**Dr. J. von Koschembahr-Lyskowski**

Professor des römischen Rechtes an der Universität Lemberg

Zweiter Band



**Weimar**

Hermann Böhlaus Nachfolger

1907

WEIMAR. — HOF-BUCHDRUCKEREI.

Herrn Prof. Dr. Friedrich Zoll

an der Jagellonischen Universität Krakau

zum

Jubiläum vierzigjähriger Lehrtätigkeit

gewidmet.

# Vorwort.

In der Kondiktionenlehre haben wir zwei Hauptfragen zu beantworten, nämlich die Frage nach dem Rechtsgrunde der condictio, d. h. in welchen Fällen die condictio eingreift, und die Frage nach dem Gegenstande der condictio.

In dem ersten Bande dieser Untersuchungen über die condictio als Bereicherungsklage im klassischen römischen Recht habe ich es versucht, den Rechtsgrund der condictio zu bestimmen. Ich werde in den weiteren Untersuchungen (§ 22) Gelegenheit nehmen, darauf zurückzukommen, um mein Verhältnis zu den anderen Auffassungen zu charakterisieren. Schon an dieser Stelle sei es mir aber gestattet, die leitenden Gedanken anzugeben, durch welche ich mich habe führen lassen.

Als Voraussetzungen der condictio habe ich auf seiten des Beklagten darzutun versucht (Bd. I 21 fg.): 1. eine Vermögensvermehrung aus einem gültigen Rechtsgrunde, 2. ein Zurückhalten der Vermögensvermehrung in einer gegen die bona fides verstoßenden Weise. Im weiteren habe ich auf Grund der Einzelentscheidungen der römischen Juristen auszuführen versucht (Bd. I 67 fg.), in welchen Fällen das Zurückhalten der Vermögensvermehrung gegen die bona fides verstößt, da allgemein zugestanden wird, daß die Gruppierung der Kondiktionsfälle nach den Causa-Figuren (condictiones indebiti, causa data causa non secuta, sine causa etc.) bei den römischen Juristen zu einem befriedigenden Abschlusse nicht gelangt ist (vgl. Bd. I 28). Auch hier

habe ich geglaubt, im Sinne der römischen Juristen zu handeln, da auch diese für die exceptio doli und für das bonae fidei iudicium auf Grund der Praxis Rechtssätze ausgebildet haben, welche die bona fides in den einzelnen Anwendungsfällen verwirklichen sollten (vgl. Bd. I 29—33).

Was nun die erste von mir angenommene Voraussetzung betrifft, wonach eine aus einem gültigen Rechtsgrunde erfolgte Vermögensvermehrung auf seiten des Beklagten gefordert wird, so ist es zweifellos petitio principii, ob wir eine solche Voraussetzung fordern wollen. Bekanntlich hat Kindel, Das Rechtsgeschäft und sein Rechtsgrund, 1892, sowie die Natur der Sach- und Haftklage, insbesondere der Kondiktion, Archiv für bürgerliches Recht VII, 1893, S. 238fg. (vgl. unten S. 304 Anm. 4) für die condictio das Gegenteil behauptet. Für meine Auffassung scheint mir entscheidend zu sein, daß die römischen Juristen mit einer nicht zu widerlegenden Deutlichkeit aussprechen, daß die condictio ausgeschlossen ist, wenn die vindicatio eingreift (Bd. I 34. 38. Zustimmend hat sich ausgesprochen H. Krüger in der sachverständigen Besprechung meines ersten Bandes in der Zeitschrift der Savigny-Stiftung, Rom. Abteil. XXIV 468).

Was aber die zweite von mir angenommene Voraussetzung betrifft, wonach ein Zurückhalten der Vermögensvermehrung seitens des Beklagten in einer gegen die bona fides verstoßenden Weise gefordert wird, so könnte es den Anschein haben, als ob ich damit zu der alten, einstens von Sell, Versuche im Gebiete des Zivilrechts I, 1833, S. 15. 77 begründeten Ansicht zurückkehre, wonach die condictio eingreift, wenn die Bereicherung des Beklagten der aequitas, der bona fides widerspricht. Die Sellsche Bestimmung des Rechtsgrundes der condictio geht sicherlich zu weit. Es ließe sich nach einer solchen Auffassung fast jede Vermögensvermehrung mit der condictio anfechten. Mit Recht wird daher eine solche weitgehende Bestimmung des Rechtsgrundes der condictio heute allgemein verworfen (Vgl. Erxleben, Condictiones I 1850 S. 2fg., Witte, Bereicherungsklagen 1859 S. V, Windscheid-Kipp, Pandekten II[8] § 421 Anm. 1). Aber meine Bestimmung des

Rechtsgrundes der condictio ist von der Sellschen Auffassung durchaus verschieden.

Es sei gestattet, darauf hinzuweisen, daß ich nicht von einer gegen die bona fides gemachten Vermögensvermehrung spreche, sondern von einem Zurückhalten einer Vermögensvermehrung in einer gegen die bona fides verstoßenden Weise, was meiner Meinung nach der Auffassung der römischen Juristen entspricht (Ulpian 6 D. 12, 5 Perpetuo Sabinus probavit veterum opinionem existimantium id, quod ex iniusta causa apud aliquem sit, posse condici rel., Celsus 32 D. 12, 1 Sed quia pecunia mea ad te pervenit, eam mihi a te reddi bonum et aequum est, Gaius 6 D. 24, 1 quod ex non concessa donatione retinetur, id aut sine causa aut ex iniusta causa retineri intellegitur: ex quibus causis condictio nasci solet, Marcian 25 D. 25, 2 iure gentium condici puto posse res ab his, qui non ex iusta causa possident). Charakteristisch ist auch Ulpian 17 § 5 D. 19, 5 Si quis sponsionis causa anulos acceperit nec reddit victori, wo die actio praescriptis verbis natürlich interpoliert ist (Gradenwitz, Interpolationen 137), und nicht bloß Sabinus, wie angegeben wird, sondern auch Ulpian die condictio eingreifen läßt.

Es ist aber der condictio ein bedeutend engeres Anwendungsgebiet zugewiesen, wenn sie auf Rückgabe dessen geht, was der Beklagte contra bonam fidem zurückhält, als wenn sie auf Rückgabe dessen gehn soll, was der Beklagte contra bonam fidem erworben hat. Denn ein Erwerb contra bonam fidem involviert keineswegs ein Zurückhalten contra bonam fidem. Die bona fides d. h. die Anschauung, die Art und Sitte ehrlicher Leute kann einen Erwerb mißbilligen, ohne aber geradezu die Rückgabe des Erworbenen zu befürworten. Nach meiner Auffassung muß aber die bona fides geradezu ein Zurückgeben fordern, und das Zurückhalten der Anschauung ehrlicher Leute widersprechen.

Damit soll aber nicht gesagt werden, daß die bona fides für sich schon eine actio, nämlich die condictio, zu begründen vermag. Die bona fides bestimmt vielmehr nur den Umfang eines Anspruches (Bechmann, Kauf I 629[3].

632, Pernice, Labeo II², 1 S. 192fg., 311², F. Klein, Sachbesitz und Ersitzung, 1891, S. 302: „sie bestimmt, was dem Berechtigten gebührt, sie bildet den Inhalt seines Rechtes durch". Dagegen freilich H. Krüger, Entstehung der bonae fidei iudicia, in der Zeitschrift der Savigny-Stiftung XI 165fg., wogegen wiederum Pernice, Labeo II², 1 S. 161³. 171¹. 192). Die Begründung der condictio als actio erfolgt durch die res (Gaius III 91. Vgl. Bekker, Aktionen I 115fg. und Pandekten II 153, Pernice, Labeo I 419, 5, Girard, Droit romain⁴ 612¹). Aber nicht jede res begründet die condictio, sondern nur die contra bonam fidem zurückgehaltene res. Damit gewinnt allerdings die condictio einen deliktsartigen Charakter, was mit Recht schon v. Schey, Obligationsverhältnisse des österreichischen Privatrechts I, 1890, S. 10⁴⁰ hervorhebt, und jetzt Jung, Bereicherungsansprüche und der Mangel des „rechtlichen Grundes", 1902, S. 1fg. weiter ausführt. Also die bona fides in Verbindung mit der res begründet die condictio. Die res braucht aber als besondere Voraussetzung der condictio nicht hervorgehoben zu werden, da diese Voraussetzung schon daraus folgt, daß die condictio auf die Rückgabe einer Vermögensvermehrung gerichtet ist, was Stammler, Zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, Festgabe für Hermann Fitting, 1903, S. 27 zutreffend für das moderne Recht betont.

Die Verschiedenheit meiner Auffassung von der einstens von Sell begründeten hat ihre Bedeutung namentlich auch für die Frage nach dem Gegenstande der condictio. Denn wenn die condictio sich gegen die contra fidem gemachte Vermögensvermehrung richtet, so muß konsequenterweise die ganze Vermögensvermehrung zurückgegeben werden. Nach meiner Auffassung dagegen ist auf die condictio hin nur so viel vom Beklagten zurückzugeben, als dieser in einer gegen die bona fides verstoßenden Weise zurückhält. Daraus ergibt sich, daß der Gegenstand der condictio keineswegs in allen Fällen in gleicher Weise bemessen wird.

Aber das gebe ich zu, daß erschöpfend meine Bestimmung des Rechtsgrundes der condictio nicht ist. Jedoch

ist bis heute noch von niemandem behauptet worden, daß der Rechtsgrund der condictio sich überhaupt erschöpfend bestimmen lasse; im Gegenteil, es wird allgemein zugestanden, daß eine erschöpfende Bestimmung unmöglich ist (vgl. Jung, Bereicherungsansprüche, 1902, S. 11[25]. 16. 76). Aber auch die bona fides im bonae fidei iudicium sowie in der exceptio doli läßt sich nicht erschöpfend bestimmen. Und doch unterlassen wir es nicht, in beiden Fällen aus der bona fides feste Rechtssätze abzuleiten, und umgekehrt die festen Rechtssätze auf die bona fides zurückzuführen (vgl. Bd. I 29—33). Es hat dies nicht bloß theoretischen Wert. Vermögen wir den Rechtsgrund der condictio wenn auch nur allgemein zu bestimmen, so haben wir damit einen Maßstab gewonnen, nach welchem neue Kondiktionsfälle zur Anerkennung gelangen können. Daher vermögen wir auch nicht der Ansicht derjenigen Verfasser zu folgen, welche die allgemeine Bestimmung des Rechtsgrundes der condictio für wertlos halten (Pfersche, Bereicherungsklagen, 1883, S. 1 fg.). Vgl. übereinstimmend Stammler a. a. O. S. 26. 32.

Wenn aber H. Krüger a. a. O. S. 465 gegen meine Formulierung des Rechtsgrundes der condictio einwendet, daß er das „Walten der Fides" (auf das Verhältnis zwischen aequitas, Fides und bona fides komme ich im § 22 zurück) in den einzelnen Kondiktionsfällen nicht zu entdecken vermöge, so erwidere ich darauf, daß das Zurückhalten contra bonam fidem in konkreten Rechtssätzen zum Ausdruck kommt, welche ich (Bd. I 27. 67 fg.) in acht Nummern zusammenzufassen versucht habe, wobei ich H. Krüger a. a. O. S. 465 fg. gern zugebe, daß über Einzelheiten sich rechten läßt. Daher war es nicht notwendig, daß die römischen Juristen noch für jeden Einzelfall sich auf die bona fides beriefen, nachdem die bona fides in den konkreten Rechtssätzen, z. B. daß das auf eine Nichtschuld unabsichtlich Gezahlte kondiziert werden kann, zum Ausdruck gekommen war. Jeder einzelne Kondiktionsfall mußte sich die Anerkennung erkämpfen. Die Entscheidungen der römischen Juristen geben uns zahlreiche Beispiele dafür, wie für jeden einzelnen Kondiktionsfall die Diskussion, ob condictio zulässig sei oder nicht, durchgeführt wurde. Es sei nur

erinnert an die condictio des Unmündigen und gegen den Unmündigen, die condictio der Naturalobligation, der Impensen (Bd. I 80[4]. 81. 76. 92 fg.) u. a. Vielfach versuchen die römischen Juristen, für die Entscheidung der Einzelfälle feste Rechtssätze zu finden, so den Satz repetitio nulla est ab eo qui suum recepit, exceptio parit condictionem (Bd. I 84[2]. 86 fg.) u. dgl.

Die heute herrschende Ansicht verwendet zur Bestimmung des Rechtsgrundes der condictio das Causa-Prinzip. Diesen Weg haben bereits Erxleben, Witte und Voigt betreten, deren Auffassungen ich Bd. I 4 fg. skizziert habe. Dagegen haben es die Verfasser unterlassen, festzustellen, was wir unter causa zu verstehn haben. Die Lücke füllen fast gleichzeitig Lenel, Die Lehre von der Voraussetzung, im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 74 S. 228 fg., sowie Bd. 79 S. 69 fg., und Bolze, Zur Lehre von den Kondiktionen, im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 78 S. 453. 459 fg., indem beide Autoren unter causa den „wirtschaftlichen Zweck" verstehn. Lenel betont (a. a. O. Bd. 74, 231): „Es ist dem Menschen überhaupt nicht gegeben, ohne Zweck zu handeln, ohne Zweck d. h. ohne die Richtung auf ein Ziel, das jenseits des unmittelbaren Erfolges der Handlung selbst liegt", und (a. a. O. Bd. 74, 230): „Nur die Rücksicht auf den bei der Leistung verfolgten Zweck ist der Daseinsgrund der condictio." Aber Lenel macht eine Einschränkung (a. a. O. Bd. 74, 230): „Aber nicht jeder beliebige Zweck findet eine so weitgehende rechtliche Berücksichtigung: dies wäre ohne die größten Unbilligkeiten nicht durchführbar. Rechtserheblich ist stets nur derjenige Zweck einer Leistung, der für die wirtschaftliche Natur der Leistung selbst bestimmend ist." Daher unterscheidet Lenel zwei große Kategorien von Zwecken, nämlich den Schenkungszweck (causa donandi) und den wirtschaftlichen Zweck. Nur wo ein wirtschaftlicher Zweck der Leistung vorliegt, sei Platz für die condictio. Der Schenkungszweck schließe die condictio mit Rücksicht auf deren Natur ohne weiteres aus (a. a. O. Bd. 74, 232). Unter den wirtschaftlichen Zwecken unterscheidet Lenel die causa solvendi, die causa dotis, die causa

condicionis implendae, die arrhae causa, die causa credendi (a. a. O. Bd. 74, 234 fg.). In allen diesen Fällen gilt (a. a. O. Bd. 74, 235 unten): „Wer, nicht in Schenkungsabsicht, eine Leistung bewirkt hat, kann, wenn der Zweck der Leistung nicht erreicht wird, oder die Leistung nachträglich ihren Zweck verliert, von dem Empfänger das Geleistete zurückfordern." Diese Konstruktion Lenels ist von der herrschenden Ansicht im wesentlichen angenommen worden (Regelsberger, Pandekten I § 167, II, Windscheid-Kipp, Pandekten I[8] § 98 Anm. 1. Konsequent führt das Causa-Prinzip durch v. Schey, Obligationsverhältnisse I 26 fg., 209 fg., 271 fg., 282 fg., 354 fg.), wobei jedoch manche Autoren die Annahme von nur drei causae, nämlich donandi, solvendi, credendi, für genügend erachten (Bekker, Pandekten II 148. 149, Dernburg-Biermann, Pandekten I § 95[3], Bechmann, Kauf III, 1905, S. 53 fg., H. Krüger a. a. O. 469, Jung a. a. O. 57 fg. 68[107]. 75 fg. 101, aber auch 114 fg.). Es ist hier nicht der Platz, in eine eingehende Polemik mit Lenel einzutreten. Bemerkt sei nur folgendes. Zweifellos haben auch die römischen Juristen zur Bestimmung des Rechtsgrundes der condictio mit dem Causa-Prinzip operiert. Aber es wird heute allgemein zugestanden, daß diese Konstruktion schon bei den römischen Juristen sich nicht hat durchführen lassen (Bd. I 28. Zustimmend H. Krüger a. a. O. 463 oben). Zudem ist das Causa-Prinzip zur Bestimmung des Rechtsgrundes bei den römischen Juristen nicht einmal das Ursprüngliche, wie Kipp, v. condictio in Pauly-Wissowa, Realencyclopädie 853, 67 fg. mit Recht hervorhebt. So kann ich mich des Gedankens nicht erwehren, daß es vielleicht die griechische Philosophie war, welche die römischen Juristen bewogen hat, für die Bestimmung des Rechtsgrundes der condictio das philosophische Causa-Prinzip zu verwerten. Hat doch Sokolowski, Philosophie im Privatrecht, 1902, S. 39 fg. glänzend den Nachweis geliefert, daß der Causa-Begriff des römischen Sachenrechts auf der griechischen Philosophie basiert ist! Wir wissen aber, daß der Einfluß der griechischen Philosophie auf das römische Recht nicht immer ein glücklicher

war. Zudem gesteht Lenel a. a. O. Bd. 79 S. 69—71 gegenüber einem Einwande von Windscheid, Die Voraussetzung, Ebenda, Bd. 78 S. 171, daß dann alle möglichen Zwecke durch die condictio Berücksichtigung finden, zu, daß „wirtschaftlicher Zweck nur da vorliegt, wo das Äquivalent, um deswillen die Leistung erfolgt, im wirtschaftlichen Verkehr als solches anerkannt ist". So kommt auch nach Lenel schließlich alles auf die Praxis an; auch nach Lenel muß jeder einzelne Kondiktionsfall sich die Anerkennung erkämpfen. Damit bin ich natürlich einverstanden (Bd. I 25[1]. Vgl. aber die entgegengesetzten Ausführungen von Jung a. a. O. 102 fg., welche auf die Ansicht von Pfersche (Bd. I 14[5]) hinauskommen).

Man wird nun folgende durchaus berechtigte Frage aufwerfen. Wenn sowohl nach der herrschenden Ansicht, wonach, wenn der wirtschaftliche Zweck einer nicht schenkungsweise gemachten Leistung nicht erreicht wird oder die Leistung nachträglich ihren Zweck verliert, mit der condictio das Geleistete von dem Empfänger zurückgefordert werden kann, als auch nach meiner Auffassung, wonach die condictio eingreift auf Rückgabe dessen, was jemand von einer rechtsgültig gemachten Vermögensvermehrung in einer gegen die bona fides, gegen die Art und Sitte ehrlicher Leute verstoßenden Weise zurückhält, wenn also nach beiden Konstruktionen in jedem einzelnen Falle entschieden werden muß, ob der wirtschaftliche Zweck, welcher durch die Leistung verfolgt wird, im Verkehr anerkannt ist, bzw. ob die bona fides verletzt ist, wenn also nach beiden Konstruktionen jeder einzelne Kondiktionsfall sich die Anerkennung erkämpfen muß, so fragt es sich, welchen Gewinn ich mir von meiner neuen Konstruktion verspreche. Sei es da nicht geratener, die bestehende Konstruktion der herrschenden Ansicht etwa zu vertiefen, statt eine neue Konstruktion aufzustellen? Entscheidend gegen die herrschende Ansicht und zugunsten meiner Auffassung scheint mir folgendes zu sprechen. Ein-

mal fügen sich in die herrschende Ansicht nur gezwungen die sog. Nichtdationsfälle (vgl. unten S. 131[3—5]. 133[2—4]) ein, welche daher in der Regel besonders behandelt werden (Witte, Bereicherungsklagen 1 fg., Windscheid-Kipp, Pandekten II[8] § 422, 2., Jung a. a. O. 27 fg. 125. 144). Dies widerspricht aber dem einheitlichen Charakter der condictio (vgl. unten S. 290[5—6]). Sodann aber ist die Konsequenz der herrschenden Ansicht, daß Gegenstand der condictio die empfangene Vermögensvermehrung, das Geleistete sei. Es wird diese Konsequenz auch anstandslos angenommen, nachdem schon Erxleben, Condictiones I 183 fg., II 4 fg. die empfangene Vermögensvermehrung als den Gegenstand der condictio bezeichnet hat. Darüber hat die herrschende Ansicht keine Bedenken (Witte a. a. O. 139 fg., Pfersche, Bereicherungsklagen 12, Lenel a. a. O. Bd. 74, 236 oben, Pernice, Labeo II[2], 2 S. 101[3], Kipp, a. a. O. 852, 66 fg., 853, 9 fg., Girard, Droit romain [4] 619 Anm. 1. Vgl. unten S. 11[2], 135[3]). Und doch stellen sich dieser Konsequenz große Schwierigkeiten entgegen (vgl. unten S. 8 fg.), was gelegentlich schon Bekker, Aktionen I 127 Anm. 47 und S. 305 sowie Hartmann, Obligation 260 bemerken (vgl. auch v. Schey, Obligationsverhältnisse I 41[30]; 42[32]), und neuestens Girard a. a. O. nicht verkennt. Nach meiner Auffassung dagegen wird der Gegenstand der condictio verschieden bemessen, was mit meiner Bestimmung des Rechtsgrundes der condictio (Zurückhalten einer rechtsgültig gemachten Vermögensvermehrung in einer gegen die bona fides verstoßenden Weise) vereinbar ist. Auch die Nichtdationsfälle verlangen nach meiner Auffassung nicht eine besondere Behandlung.

Aber Eines möchte ich noch hervorheben. Seitdem die römischen Juristen zur Bestimmung des Rechtsgrundes der condictio das Causa-Prinzip zur Anwendung brachten, waren sie in der Tat bestrebt, als Gegenstand der condictio die empfangene Vermögensvermehrung anzunehmen und die verschiedentliche Bemessung des Gegenstandes der condictio mit den allgemeinen Grundsätzen des Obligationenrechtes zu erklären. Aber ebensowenig wie es ihnen gelungen ist, das Causa-Prinzip zur Bestimmung des Rechts-

grundes der condictio durchzuführen, ebensowenig gelang es ihnen, mit den allgemeinen Grundsätzen des Obligationenrechtes den verschiedentlichen Gegenstand der condictio sowie die Regelung der Haftfrage bei der condictio zu erklären. So gesteht denn auch Pernice (vgl. unten S. 12[4]) zu, nicht ausdrückliches Beweismaterial dafür zu haben, daß die Regelung der Haftfrage bei der condictio und was daraus folgt, die Bemessung des Gegenstandes der condictio nach den allgemeinen Grundsätzen des Obligationenrechtes behandelt wurde. Unter diesen Umständen scheint es mir geboten, nicht den vergeblichen Versuch der römischen Juristen fortzusetzen, sondern auf den Weg zurückzugehn, welchen die römischen Juristen ohne Benutzung des philosophischen Causa-Prinzipes wandeln. Dieser Weg scheint mir aber durch meine Auffassung gekennzeichnet zu sein, wonach die condictio auf Rückgabe dessen geht, was jemand von einer rechtsgültig gemachten Vermögensvermehrung in einer gegen die bona fides verstoßenden Weise zurückhält.

Aber das Causa-Prinzip ist nicht durchweg von allen Autoren zur Bestimmung des Rechtsgrundes der condictio angenommen worden. Pernice, Labeo I 421[16], Labeo III 216[1]fg. und Z. d. Sav. St. XIX (Parerga IX) 165[1—4], Windscheid-Kipp, Pandekten II[8] § 421 Anm. 1 und 2, Dernburg-Biermann, Pandekten II § 138, Kipp, v. condictio, a. a. O. 857, 23fg., Girard, Droit romain [4] 613[1], Karlowa, Römische Rechtsgeschichte II 761 operieren mit dem allgemeinen Billigkeitsprinzip, daß sich niemand ungerechtfertigt aus dem Vermögen eines anderen bereichern solle. Sie führen die condictio auf die aequitas zurück und das Bestreben, das materielle Recht im Gegensatz zum formellen Rechte zur Anerkennnng zu bringen; vgl. auch H. Krüger in der Zeitschrift der Savigny-Stiftung XXIV S. 469. Dabei werden aber die hauptsächlichsten Kondiktionsfiguren nach dem Vorgange der römischen Juristen (condictio indebiti, causa data causa non secuta, ex causa furtiva usw.) besonders behandelt. Aber mit Recht bemerkt Jung a. a. O. 136. 137 gegen diese Stellungnahme, daß man es dabei unterläßt, das Verhältnis der condictio zur aequitas

näher zu präzisieren. Als einen gewaltigen Fortschritt muß man es daher bezeichnen, wenn neuestens Stammler, Die Lehre von dem richtigen Rechte, 1902, S. 201 fg. und Zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung in der Festgabe für Hermann Fitting, 1903, S. 32 fg., sich nicht mit der These begnügt, daß die condictio das „richtige" Recht verwirklichen solle, sondern es auch unternimmt, dafür Rechtssätze aufzustellen, durch welche das richtige Recht gefunden wird. So müssen die Untersuchungen über den Rechtsgrund der condictio als eine Vorarbeit für die weittragenden Ideen Stammlers gelten.

Jedoch hat Pernice durch seine in gewohnter Weise ganz analytisch gehaltenen Forschungen neues Licht auf den Charakter der condictio geworfen. In der juristischen Konstruktion begnügt sich zwar Pernice mit dem allgemeinen Billigkeitsprinzip zur Bestimmung des Rechtsgrundes der condictio, aber er weist zugleich darauf hin, daß die condictio in einem Zusammenhang mit der Fides steht (Labeo I 413. 416. 418/419). Diese Auffassung hat Pernice in seinen neueren Untersuchungen in der Weise näher präzisiert (Labeo III 219[1—3]. Vgl. oben Bd. I 87[1—5]. 104), daß er auf den Zusammenhang zwischen der condictio und der bona fides hinweist. Zu Unrecht nennt es neuestens Pflüger, Ciceros Rede pro Q. Roscio comoedo rechtlich beleuchtet und verwertet, 1904, S. 93 „eine Ungeheuerlichkeit", zu behaupten, „daß die condictio Beziehungen zur bona fides habe". Denn die bona fides hat im Obligationenrecht einen zwar weiten, aber doch ganz konkreten Inhalt, was Bechmann, Kauf I 628fg. und Pernice, Labeo II[2], 1 S. 161[3]. 170[6]fg. dargetan haben, und heute allgemein anerkannt wird. Vgl. F. Klein a. a. O. S. 302, Steinbach, Die Moral als Schranke des Rechtserwerbs und der Rechtsausübung, 1898, S. 21 sowie Treu und Glauben im Verkehr, 1900, K. Schneider, Zur Verständigung über den Begriff von Treu und Glauben, Archiv für bürgerliches Recht XXV, 1905, S. 269 fg. Aber freilich hat es Pernice unterlassen, die Beziehung der condictio zur bona fides näher zu bestimmen. An diesem Punkte habe ich geglaubt, mit meinen Untersuchungen einsetzen zu dürfen, welche die

Beziehung der condictio zur bona fides damit bestimmen, daß ich sage: die condictio geht auf Rückgabe dessen, was von einer rechtsgültig gemachten Vermögensvermehrung in einer gegen die bona fides verstoßenden Weise zurückgehalten wird, wobei ich (Bd. I 27. 67 fg.) zugleich es versucht habe, konkrete Rechtssätze aufzustellen, welche besagen, wann das Zurückhalten gegen die bona fides verstößt. Mit dieser näheren Bestimmung der Beziehungen der condictio zur bona fides erhält die bona fides ihren ganz bestimmten Platz bei der Feststellung des Rechtsgrundes der condictio, und wird nicht allgemein auf die bona fides verwiesen. Die bona fides ist uns aber ein im römischen Rechte sehr wohl bekannter Begriff, der uns in der exceptio doli und im bonae fidei iudicium vielfach beschäftigt (vgl. Bd. I 29—33).

Abweichend von allen bisherigen Ansichten hat neuestens Jung, Bereicherungsansprüche und der Mangel des „rechtlichen Grundes". Ein Beitrag zur Kenntnis des neuen Rechts, 1902, in sehr scharfsinnigen Ausführungen eine neue Grundlage für die Bestimmung des Rechtsgrundes der condictio zu gewinnen versucht. Danach ist die Rückforderung einer Vermögensvermehrung begründet, wenn es der Vermögensvermehrung „an der rechtlichen Unterlage in den Beziehungen der beiden bestimmten Beteiligten, an der obligatorischen Unterlage fehlt" (S. 128). Dinglich sei zwar die Vermögensvermehrung erworben, „aber in den persönlichen Beziehungen der beiden beteiligten Personen liege nichts vor, was diese Bewegung nach sich führen müßte" (S. 32. Vgl. S. 60. 67/68. 72. 74/75. 85. 87. 102. 110. 139). Die bestechenden Ausführungen Jungs haben vielfach Zustimmung gefunden (v. Mayr, Der Bereicherungsanspruch des deutschen bürgerlichen Rechtes, 1903, S. 422[3] fg., Plessen, Die Grundlagen der modernen condictio, Rostocker rechtswissenschaftliche Studien, herausgegeben von Matthiass und Geffcken, 1904, S. 45 fg., Thayßen, Condictio und Bereicherungsanspruch, Göttinger Dissertation, 1905, S. 21[1]). Da Jung sich nur mit der Lösung des Problems im modernen Recht befaßt, so liegen

dessen Untersuchungen außerhalb des Rahmens meiner Ausführungen, womit nicht gesagt sein soll, als ob die Untersuchungen von dem Romanisten unberücksichtigt gelassen werden dürften. Sachliche Einwendungen gegen Jung hat mit ablehnender Stellungnahme Stammler, Zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung S. 14fg. erhoben. Gestattet sei nur die Bemerkung, daß die Jungsche Auffassung lebhaft an die sog. Julianische Negotientheorie erinnert. Auch Julian begründet mitunter die condictio mit den „persönlichen Beziehungen" zwischen den Parteien, nämlich mit dem von ihnen abgeschlossenen negotium (33 D. 12, 6 condictio locum non habebit, quia nullum negotium inter eos contraheretur). Nun ist aber schon von Bekker, Aktionen I 122[31] unter Zustimmung von Brinz und Pernice (vgl. unten S. 222[4]—223[4]) mit Recht darauf hingewiesen worden, daß Julian die Negotientheorie nur zur Erklärung der condictio indebiti verwendet, und Erman, Beiträge zur Publiciana, Zeitschrift der Savigny-Stiftung Bd. XIII S. 216 Anm. 1 bestärkt dies noch damit, daß Julian die condictio vielfach zuläßt, trotzdem ein negotium nicht vorliegt.

Der zweite vorliegende Band behandelt die prozessualische Bestimmung des Gegenstandes der condictio.

Lemberg, im Juni 1906.

**Der Verfasser.**

# Übersicht.


## Vierter Abschnitt.

### Der Gegenstand der condictio.

§ 13. Seite

Im allgemeinen. . . . . . . . 1—7

Nach der früher herrschenden Ansicht ist der Gegenstand der condictio die im Augenblick der Litiskontestation beim Beklagten vorhandene Vermögensvermehrung, nach der heute herrschenden Ansicht dagegen die vom Beklagten empfangene Vermögensvermehrung. Es kann keiner der beiden Ansichten beigetreten werden. Keine Antwort auf die Frage gibt die Konkurrenzcondictio S. 1fg. — Sämtliche Fälle der Konkurrenzcondictio S. 4[3]—6[2]. — Die condictio wird in Gegensatz zur Kontraktsklage gestellt S. 6[3] (cf. S. 96—97[1]. 231). — Mitunter wird eine andere Klage gegeben, wo wir die condictio erwarteten S. 6[4]—7[3]. —

## Erster Teil.

### Die prozessualische Bestimmung des Gegenstandes der condictio.

§ 14.

Die Fragenstellung. . . . . . . 8—33

I. Die Frage nach der prozessualischen Bestimmung des Gegenstandes der condictio macht der herrschenden Ansicht nur scheinbar keine Schwierigkeiten. Die condictio führt zum strictum iudicium S. 8[2] (cf. S. 65fg.). — Im strictum iudicium darf der iudex nur auf den in der intentio der Formel angegebenen Gegenstand verurteilen. Eine Mehrung oder Minderung des klägerischen Anspruches ist nicht zulässig S. 8[3]—10[1] (cf. unten § 16, IV 1). — Nur die omnis causa kann nach der Litiskontestation berücksichtigt werden S. 9[3] (cf. S. 66[3]—67[3]). — Bei der condictio ist aber die Verurteilung auf ein Mehr oder Minder, als der Beklagte empfangen hat, bezeugt S. 10[2]—11[1] (cf. S. 17[6]). — Auf Grund des quanti ea res est der Formel ist dies nicht zu erklären

Seite

S. 11[2]—[4] (cf. S. 10[4]. 211 fg.). — Auch die Regelung der Haftfrage bei der condictio läßt sich mit der herrschenden Ansicht nicht vereinigen S. 11—12[5] (cf. S. 161[5]). —

II. Es muß die prozessualische Bestimmung des Gegen- 12—21
standes der condictio für sich untersucht werden. Der Gegenstand der condictio ist in der intentio der Formel angegeben S. 13—15[2]. — Daraus erklärt sich, warum die fiktizische Formulierung der condictio unzulässig war S. 14[1]. — Die herrschende Ansicht hält das certum in der intentio der condictio für das Ursprüngliche, anerkennt aber daneben eine sog. condictio incerti S. 15[2, 3]. 16[4] (cf. S. 78 fg.). — Die Zusätze certum, certi bei der condictio sind interpoliert S. 16[1, 3] (cf. S. 44[2]—45[2]). — Desgleichen die Zusätze incertum, incerti S. 16[2, 3] (cf. S. 45[6]). — Eine besondere Formel war für die sog. condictio incerti nicht im Album proponiert S. 16[5] (cf. S. 343 fg.). — Die Formel der sog. condictio incerti hatte nicht eine unbestimmte intentio S. 16[6]—17[6] (cf. S. 23[1, 2]. 63[5]. 97[4]—100[3]. 127[5]. 192[7]—195[2]. 199. 339[1]). — Auch nicht eine demonstratio bzw. praescriptio S. 17[7]—18[1] (cf. S. 338[6, 7]). — Für die condictio auf certum wird eine demonstratio bzw. praescriptio in der Formel heute nicht mehr behauptet S. 18[2]—[4] (cf. S. 332[8]). — Trampedach nimmt an, daß die sog. condictio incerti sich aus einer 'Dehnung' des certum erkläre S. 18[5]—19[1] (cf. S. 79 fg.). — v. Mayr schließt sich an Trampedach an, meint aber, daß die condictio obligationis für die actio incerti interpoliert sei S. 19[3]—20[3] (cf. S. 62[3]. 85 fg.). — Pflüger nimmt nur eine condictio auf certum an. Die von Pflüger angenommene quasi-condictio ist zu verwerfen S. 20[3]—21 (cf. S. 129 fg.). —

III. Es ist die Bedeutung des certum bei der condictio 21—26
zu untersuchen. Die condictio auf certum wird zu Unrecht mit der condictio dare oportere, die condictio facere oportere zu Unrecht mit der sog. condictio incerti verselbigt S. 22[1]—[4] (cf. S. 24. 30. 61[7]. 70[4]. 76. 81. 194[3]. 195[1, 2]). — Im klassischen Rechte hat es eine condictio incerti nicht gegeben (cf. S. 16[2, 3]. 45[6]. 46. 48. 65[1]. 78[2, 3]. 197. 210 fg.). Die Anwendungsfälle der sog. condictio incerti stellen vielmehr eine condictio facere oportere im Gegensatz zur condictio dare oportere vor, nicht aber bilden sie eine condictio incerti im Gegensatz zu einer condictio certi S. 22[4] (cf. S. 30. 70. 79. 194[3]. 206 fg., 210[1]. 218[4]. 248. 254[5]. 260. 272. 288 fg., 330[5]—[7]. 336 fg.). — Die Unterscheidung zwischen stipulationes certae und incertae gibt uns keine Antwort für die Bedeutung des certum bei der condictio S. 23[3] (cf. S. 70 fg., 75[1]). — Der Name condictio incerti erklärt sich daraus, daß bei der condictio facere oportere die Verurteilung auf das „Interesse" geht S. 24[3]—26 (cf. S. 61[6]. 64[1]. 69[5]. 79. 83[1]. 84[1]—[4]. 97[1]. 217 fg., 339[8, 9]). —

Seite

IV. Die Untersuchung der einzelnen Fälle der sog. condictio incerti führt uns zu dem Resultat, daß der Gegenstand der condictio in einem Verfahren (arbitrium) in iure festgestellt wurde S. 26[1] (cf. S. 312fg.). — 26—27

V. Die Frage nach der prozessualischen Bestimmung des Gegenstandes der condictio hat eingehend Baron untersucht S. 27[1] (cf. S. 34fg.). — Baron meint, daß die condictio im Verfahren in iudicio zur Bereicherungsklage werde S. 28[5]—29[1] (cf. S. 36[5]—37[4]). An sich sei die condictio eine persönliche abstrakte zivile Klage auf Leistung eines certum. Dies ist zu verwerfen S. 27—28[4]. 29[2] (cf. S. 34[4]—39[4]). — Baron anerkennt eine condictio incerti. Dies ist zu verwerfen S. 29[3]—30[6] (cf. oben § 14, III). — Das Baronsche Selbstschätzungsrecht des Klägers aus einem beliebigen persönlichen zivilen Anspruche ist zu verwerfen S. 30[7]—31[3]. 32[3] (cf. S. 37[4]—[6]. 291fg.). — Nach Pernice hat nur der Kondiktionskläger ein Selbstschätzungsrecht in dem Sinne, als es ihm gestattet ist, die condictio statt auf die Sache auf die von ihm selbst geschätzte Geldsumme zu richten S. 31[4]—32[1] (cf. S. 207. 209[1]). — 27—32

VI. Unsere Ansicht führt in der Konsequenz keineswegs zu der Baronschen Auffassung der condictio S. 32. 33. 32—33

§ 15.

Die intentio der Kondiktionsformel ist stets auf ein certum gerichtet. . . . . . 33—78

I. Die condictio ist eine abstrakte Klage S. 33[2, 3] (cf. S. 35[2]. 332). — Dagegen gehört die condictio nicht bloß dem Prozeßrechte an, sondern hat auch einen materiellen Inhalt S. 34[3]—39[4] (cf. S. 28[3]. 29[2]). — Baron meint zu Unrecht, daß dem klassischen Rechte die Einteilung der Kondiktionen nach dem Gegenstande der Klage (condictio certi, triticaria, incerti) bekannt war S. 34[4] (cf. S. 48[3, 4, 9]). — In dem Kondiktionsverfahren kam in iure der materielle Rechtsgrund der condictio zur Sprache S. 35[1]—39[4] (cf. S. 29[2]). — Die Abstraktheit der condictio erleidet keine Ausnahme bei der condictio ex causa furtiva S. 38[1]—39[3]. —

II. Die condictio auf certa pecunia ist identisch mit der actio certae creditae pecuniae S. 39[5]fg. (cf. S. 333). — Die gegenteiligen Ansichten von Karlowa und Stintzing sind zu verwerfen. Der Name condictio bezeichnet nicht sowohl eine besondere Klage als eine besondere Prozeßart S. 40[3] (cf. S. 42[2]. 313[5]—314[2]. 330[2]). — Daher die Ausdrucksweise actio condicticia u. dgl. S. 42[3]. — Die lex Calpurnia, welche die condictio de certa re eingeführt hat, ist wohl identisch mit der lex Calpurnia de repetundis S. 40[5] (cf. S. 317[4]). — Vor der lex Silia wurde der Anspruch auf certa pecunia mit der legis actio per sacramentum bzw. per iudicis postulationem 39—44

Seite

geltend gemacht S. 40. — Jedoch war das Anwendungsgebiet der legis actio per condictionem ein engeres (dare — certum) S. 41[1]. — Im Formularverfahren entstand aus der legis actio per sacramentum die Formel mit dare oportere und daraus die actio certae creditae pecuniae S. 41[3,4]. — Der technische Name der condictio certae pecuniae ist actio certae creditae pecuniae S. 42[3] (cf. S. 43[2]. 49[4]). — Die Kompilatoren hatten eine Vorliebe für die condictio S. 42[4]. — Aus G. IV 50 folgt, daß es nur eine Formel qua certam pecuniam petimus gab S. 43. — Karlowa meint, daß condictio certae pecuniae und actio certae creditae pecuniae verschiedene Klagen mit derselben Formel, aber unter Aufrechterhaltung sonstiger Verschiedenheiten gewesen seien S. 43[4]. — Dies ist zu verwerfen S. 44 (cf. S. 48[9]. 349[3]). —

III. Sämtliche Stellen, in denen die Zusätze certum und certi bei der condictio vorkommen S. 44[2]—45[1]. — Diese Zusätze sind interpoliert S. 45[2] (cf. S. 16[1]). — Sämtliche Stellen, in denen die Zusätze incertum und incerti bei der condictio vorkommen S. 45[3]—[5]. — Diese Zusätze sind interpoliert S. 45[6] (cf. S. 16[2]). — Sämtliche Stellen, in denen die condictio facere oportere ohne die Zusätze incertum und incerti vorkommt S. 45[7]. — Im Kodex Justinians kommen die Zusätze incertum und incerti nicht vor S. 46[1]. — 44—47

IV. Die intentio der Kondiktionsformel geht auf dare oportere S. 47[1,2] (cf. S. 61[2]. 332). — 47

V. Die condictio certi umfaßt sowohl die condictio certae pecuniae wie die condictio certae rei S. 47. 48. — Zu Unrecht wird behauptet, daß die condictio certi nur die condictio certae pecuniae sei, während die condictio certae rei heiße condictio triticaria S. 48[3,4] (cf. S. 34[4]). — Erst bei den Scholiasten wird die Bezeichnung condictio certi für die condictio certae pecuniae reserviert S. 48[5] (cf. unten Nr. VI). — Falsch ist die Auffassung, daß die condictio triticaria die condictio certae rei und die sog. condictio incerti umfasse S. 48[7]. — Die condictio triticaria ist interpoliert S. 48[9] (cf. S. 57[2]). — Daher kann die condictio triticaria nicht die Plattform für die sog. condictio incerti gewesen sein S. 48[9] (cf. unten § 16, I dieser Übersicht). — Eine Klage 'si certum petetur' gibt es nicht S. 49[1]—[3]. — Zu verwerfen ist die Ansicht, wonach die condictio certae pecuniae die condictio certae rei umfasse S. 50[2]—[6] (cf. S. 68[3]—69[3]). — Die condictio certae pecuniae hat eine andere Formel als die condictio certae rei S. 51[1]. — 47—51

VI. Die intentio der Kondiktionsformel ist stets auf certum gerichtet S. 51. — Dies beweist auch Ulpian 24 D. 12, 1 S. 51[4]—52[2]. — Die actio ex stipulatu gehört nicht zu den 51—64

Seite

Kondiktionen S. 52[3,4] (cf. S. 25[4]). — Auch bei den Scholiasten ist die condictio stets auf certum gerichtet S. 52 fg. — Charakterisierung der Scholiasten S. 52[8] fg. — Sie berufen sich noch auf die Formeln der klassischen Zeit S. 53[1] (cf. S. 61[2]). — Aber in der Sache sind die Scholiasten vom klassischen Rechte entfernt S. 53[2] (cf. S. 307 fg.). — Sie kennen die verschiedenen Kondiktionsfälle S. 53[4]—55[1]. — Die condictio de bene depensis S. 55[2]. — Die Zusätze certum, certa, certi kommen vor S. 55[3]—[6]. — Die condictio certi ist insbesondere die condictio certae pecuniae S. 56[1]—57[2] (cf. S. 48[5]. 50[6]. 57. 61[3]. 69[3]. 293 fg., 346[2]). — Die condictio certae rei heißt condictio triticaria S. 57[2] (cf. S. 48[9]. 61[3]). — Die condictio certae rei gilt mitunter als der Natur der condictio widersprechend S. 57[1,3]. — Die condictio geht auf certum S. 58—60. 63. — Ein incertum kann nicht mit der condictio eingeklagt werden, höchstens nach erfolgter Selbstschätzung in Geld, wo dann ein certum vorliegt S. 58[1]. 60[1]. 61[5,6]. 63[4] (cf. S. 100[2]. 293 fg.). — Die condictio geht auf dare oportere S. 61[2] (cf. S. 47[1,2]). — Die condictio facere oportere gilt als condictio auf incertum S. 61[7] (cf. S. 338). — Charakteristisch für die condictio facere oportere ist die Verurteilung auf das „Interesse" S. 61[7]. 64[1] (cf. S. 290[2] u. oben § 14, III). — Condictio incerti wird schon synonym mit actio incerti gebraucht S. 62[3]. 63[5]. 64[3]. — Die Zusätze incertum, incerti werden nicht immer gemacht S. 63[3]. —

VII. Die Bedeutung des certum bei der condictio S. 64 fg. 64—78
— Die herrschende Meinung nimmt an, daß damit der Gegensatz zwischen actio certi und actio incerti zum Ausdruck komme S. 65[1] (cf. S. 70[7]—71[3]). — Der Ausdruck strictum iudicium kommt erst bei Justinian vor S. 65[3]. — Aber sachlich ist der Begriff stets bekannt gewesen S. 65[4]—66[3]. — Die Meinung von Baron, daß die condictio auch aus einem bonae fidei-Geschäft erhoben werden könne, ist zu verwerfen S. 66[4]. — Im strictum iudicium ist für die Schätzung des klägerischen Anspruches der Augenblick der litiscontestatio maßgebend S. 66[7] fg. (cf. S. 9[3]. 212[4]). — Von der condictio gilt dies gleichfalls S. 66[9]—67[5]. — Die Definition des certum in den Quellen S. 68. 71 fg. — Unter das certum fällt sowohl eine Spezies- wie eine Genussache S. 68[2] (cf. S. 50[2]—[6]). — Der Gegensatz zwischen stipulationes certae und incertae erklärt nicht die Bedeutung des certum S. 70 fg., 75[1]—76[1] (cf. S. 23[3]). — Der Gegensatz weist nicht auf einen allgemeinen Gegensatz zwischen contractus certi und incerti hin S. 70[7]—71[3] (cf. S. 65[1]). — Die Definition des certum in den Quellen S. 71 fg. — Der Gegensatz zwischen stipulationes certae und incertae stammt wahrscheinlich erst aus nachklassischer Zeit S. 73[3] (cf. S. 23[3]). —

Seite

Mit dem certum wird auch auf die reale Grundlage der condictio hingewiesen S. 74[1–4]. — Auf jeden Fall ergibt sich aus dem Gegensatz zwischen stipulationes certae und incertae nicht, als ob aus dem certum auf ein dare oportere zu folgern sei und aus dem incertum auf ein facere oportere. Auch aus dem incertum kann eine Klage auf dare oportere entspringen S. 76/77. — Das certum bei der confessio in iure S. 77[1–6]. — Das certum bei der actio iniuriarum S. 77/78. —

§ 16.

Die sogenannte Condictio incerti. . . . 78—290

Die sog. condictio incerti ist eine condictio auf facere oportere S. 79[1] (cf. § 14, III dieser Übersicht). — Da die sog. condictio incerti in der Formel eine unbestimmte intentio nicht gehabt hat (cf. S. 17[2]), so ist der Name condictio incerti anders zu erklären S. 78/79 (cf. § 14, III dieser Übersicht). —

I. Trampedach anerkennt die condictio incerti. 79—85
Sie erkläre sich aus einer 'Dehnung' des certum S. 79[4]—81[1, 2] (cf. S. 18[5]—19[1]). — Prozessualisch seien die Fälle der sog. condictio incerti Fälle der condictio certae rei S. 81[2, 4]. 82[1]. Dies ist zu verwerfen (cf. S. 48[9]. 87[2]. 124[5]. 126[3]—127[1]. 128[2]. 150. 284[4–7]. 341[1]. 343[2]). — Die sog. condictio incerti geht nicht auf dare oportere S. 81[5] (cf. S. 88[4]. 125[12]—127[1]. 195[3] fg. 209. 248[5]. 254[4]. 260[6]. 336 fg.). — Die Formel der sog. condictio incerti geht nicht auf quanti ea res erit S. 81[3]. 83[4]—84[6] (cf. S. 17[2]. 340[6–8]). —

II. v. Mayr schließt sich an Trampedach an S. 85[6] fg. 85—129
(cf. S. 19[2]. 79[4] fg.). — Jedoch seien die condictio obligationis und zum Teil die condictio cautionis für die actio incerti interpoliert S. 86 (cf. oben § 14, II u. S. 339[3–5]). — Es habe die quasi-condictio aushelfen müssen S. 88[6, 7] (cf. S. 140 fg. 150. 249). — Das Wesen der actio incerti als Erfüllungsklage spricht gegen v. Mayr S. 89[4]—90[1]. 97[2]. — Gaius ist bei diesen Untersuchungen zugrunde zu legen S. 89[6]. — Im prätorischen Edikt war als „Grundschema“ eine Formel 'si incertum petetur' proponiert S. 90[2]—92[4]. — Auch die Anwendungsfälle der actio incerti sprechen gegen v. Mayr. Die actio incerti ex stipulatu S. 92[5]—93. — Die actio incerti aus dem Innominatkontrakt (actio incerti civilis) S. 93[2]—94[3]. — Die actio incerti aus einem pactum adiectum S. 94[4]. — Die actio incerti ex testamento S. 94[5]—95[6]. — Die actio ad exhibendum S. 96[1]. — Die actio incerti wird in Gegensatz zur condictio gestellt S. 96—97[1] (cf. S. 6[3]). — Die Formel in den Anwendungsfällen der sog. condictio incerti ist nicht identisch mit der Formel

Seite

der actio incerti S. 97[4]—100[3] (cf. S. 16[6]—17[6]. 62[3]. 127[5]. 192[7]—194[1]. 199fg.). — Die behaupteten Interpolationen der condictio incerti statt der klassischen actio incerti hat v. Mayr nicht erwiesen S. 100[4]—124. — Dic Interpolationen durch Ulpian sind nicht erwiesen S. 103[4] (cf. S. 127[3]). — Auch die Behauptung, daß Ulpian in einer Sonderstellung die condictio obligationis als condictio rei aufgefaßt habe, hat v. Mayr nicht erwiesen S. 124[2]—129. —

III. Pflüger läßt die condictio nur auf certum zu; eine 129—181
condictio incerti gebe es nicht. Damit sind wir einverstanden, können aber nicht die Beweisführung Pflügers billigen S. 129[4]fg. (cf. S. 219fg.). — Mit Recht nimmt Pflüger an, daß Cicero pro Q. Roscio nicht von mutuum sondern von datio als einem der Hauptfälle der condictio spricht S. 130[4]—[8]. — Sonach hat Cicero schon die condictio als „Bereicherungsklage" gekannt S. 131. — Die condictio in den „Dationsfällen" und in den „Nichtdationsfällen" S. 131[3]—133. — Die condictio greift nicht bloß in den „Dationsfällen" ein S. 133[2]—[5] (cf. S. 162[2]. 222fg.). — Die mittelbare prozessualische Bestimmung des Gegenstandes der condictio in der von Pflüger behaupteten Weise ist zu verwerfen S. 134[1]—135[1]. 143[1,2]. — Pflüger unterscheidet, je nachdem es sich um die condictio von Geld oder anderen Sachen handelt S. 135[2,3]. 164[3]. — Gegen die Methode Pflügers, die Interpolationen festzustellen S. 136[3]—140. — Die quasi-condictio (condictio indebiti quasi plus debito soluti) Pflügers ist zu verwerfen S. 140[1]fg. — Die Stellen, in denen die condictio quasi vorkommt S. 142[1]—[3]. — Die condictio wird bei Zuvielleistung nicht auf die ganze Vermögensvermehrung, sondern nur auf das plus gerichtet S. 143—159. 163—179. — Auch allgemeine Gründe sprechen gegen Pflüger S. 159[5]—160[1]. — Die condictio quasi kommt nicht bloß bei der condictio indebiti sondern auch bei der condictio causa data causa non secuta vor S. 160. — Die Bedeutung der condictio quasi im Gegensatz zur Auffassung Pflügers S. 161. 162. — Die Auffassung von Benigni S. 179[4]—181 (cf. S. 283fg.). —

IV. Die Anwendungsfälle der sog. condictio incerti:

1. Die condictio possessionis ist erst bei Aristo 181—192
bezeugt S. 181[3]. — Die Anwendungsfälle der condictio possessionis: die condictio possessionis ex causa furtiva S. 181fg. (cf. S. 191[3]). — Die condictio furtiva des Eigentümers gilt als condictio rei, nicht als condictio possessionis S. 182[2,3]. — Die cond. furtiva rei steht nur dem Eigentümer zu S. 183[2]. 185[2,3]. 188[3]. 305[4]. — Proculus nimmt darin keine Sonderstellung (Trampedach, v. Mayr) ein

Seite

S. 182[7]. — Die condictio possessionis gegen den Prekaristen S. 188 fg. — Weitere Fälle der condictio possessionis S. 189 fg. — Die Stellen, in denen die condictio possessionis interpoliert ist S. 191[1]. — Eine große Bedeutung hat die condictio possessionis nicht gehabt S. 191[2]. — Die Stellung der cond. poss. gegenüber den Interdikten S. 191[4]—192[3]. — Die cond. poss. unterscheidet sich von der condictio rei durch den verschiedenen Gegenstand S. 192[4]. —

Die prozessualische Behandlung der condictio possessionis S. 192 fg. — Die cond. poss. hat nicht eine unbestimmte intentio gehabt S. 192[7]—195[2] (cf. oben § 14, II). 192—219

Die cond. poss. geht nicht auf dare oportere S. 195[3] fg. (cf. oben § 16, I). — Dare wird gebraucht, auch wo es sich nicht um Eigentumsverschaffung handelt S. 196[4]—[8]. — Dare possessionem kommt nicht vor S. 197[2]. — Die condictio possessionis war unmittelbar auf den Gegenstand der Klage gerichtet S. 197 fg. (cf. S. 13 fg.). — Die indirekte Ausdrucksweise in den Fällen der sog. cond. incerti S. 199[1]—[5]. — Die Bedeutung der indirekten Ausdrucksweise S. 199[6] fg. — Die indirekte Ausdrucksweise kommt auch bei der condictio certae pecuniae und der condictio certae rei vor S. 200. — Die indirekte Ausdrucksweise kommt nicht nur bei der condictio sondern auch bei anderen Klagen vor, wo sie darauf verweist, daß der Gegenstand der Klage erst in einem Verfahren, nämlich im iudicium, festgestellt werden muß S. 201—204. — Da bei der condictio der Gegenstand der Klage schon in iure angegeben sein muß, so weist die indirekte Ausdrucksweise bei der condictio darauf hin, daß der Gegenstand der Klage auch erst in einem Verfahren (arbitrium) festgestellt werden muß, aber nicht in iudicio, sondern in iure S. 204—207 (cf. S. 312 fg.). — Nicht darf man mit v. Mayr daraus auf eine actio incerti schließen (cf. oben Nr. II g. E.). — Im arbitrium in iure wird nicht nur der Gegenstand der condictio festgestellt; es kann auch sofort die Schätzung dieses Gegenstandes in Geld erfolgen, so daß dann immer eine condictio certae pecuniae vorliegt S. 207 fg. (cf. S. 31[5]. 209[1]). — Daraus erklärt es sich, warum bei den Scholiasten die condictio certae pecuniae (= condictio certi) als Urtypus der condictio gilt (cf. oben § 15, VI). — Auf diese Weise konnte im arbitrium in iure das Interesse des Klägers in Anschlag kommen S. 207[2. 3]. — Denn im iudicium der condictio war das iuramentum in litem ausgeschlossen S. 207[1]. — Im iudicium der condictio kann die Verurteilung grundsätzlich nur auf den Sachwert des in der intentio der Formel angegebenen Gegenstandes, nicht auf das „Interesse" des Klägers

Seite

erfolgen S. 207[4]. 211[1]. 213[3] fg. (cf. S. 10[4]. 84[3]–[8]. 97[1, 2]. 192[6]). — Die condictio possessionis kann auf den Besitz oder auf den im arbitrium in iure festgestellten Geldwert des Besitzes gerichtet werden S. 208[1]—209[1]. — Die condictio possessionis ist eine condictio facere oportere S. 210[1] (cf. oben § 14, III dieser Übersicht). — Die Bedeutung der Formelworte quanti ea res est S. 211[2] fg. — Bei der condictio bedeutet das quanti ea res est den Sachwert des Gegenstandes der Klage S. 212[2] fg. 213 fg. (cf. S. 8[3]. 84[3]–[8]). — Im strictum iudicium kommt für die Schätzung des Klaggegenstandes der Augenblick der Litiskontestation in Betracht S. 212[4] (cf. S. 9[3]. 66[7] fg.). — Die condictio kann auf ipsum aut tantundem gerichtet werden S. 212[5]. — Beziehungsweise von vorneherein auf das pretium S. 213[1, 2]. — Die Schätzung des Besitzes bei der condictio possessionis S. 215 fg. (cf. S. 192[5]. 195[8]). — Der Besitz wurde durch das Interesse des Klägers geschätzt S. 215[7]. 216. — Charakteristisch für die condictio possessionis als condictio facere oportere ist, daß die Verurteilung auf das Interesse geht, da der Besitz nicht anders geschätzt werden kann S. 217 fg. — Damit wird aber nicht die condictio possessionis als condictio facere oportere zu einer condictio incerti. Die condictio facere oportere ist eine condictio auf certum, ebenso wie die condictio dare oportere. Die Bezeichnung condictio incerti ist erst in nachklassischer Zeit entstanden, wo man aus der Interesseverurteilung eine condictio incerti schuf S. 217 fg. (cf. oben § 14, III). — Ergebnis für die prozessualische Behandlung der condictio possessionis S. 218. 219.

2. Die condictio impensarum S. 219 fg. 244 fg. — 219—251
Die Interpretation von Julian 33 D. 12, 6 durch Pflüger ist zu verwerfen S. 219[3] fg. — Julian gibt die condictio nicht bloß in Dationsfällen S. 222. 223—242 (cf. S. 131[3]—133. 162[2]). — Die Julianische Negotientheorie S. 222[4]—223[4]. — Der Billigkeitssatz von der unrechtmäßigen Bereicherung kommt bei der condictio, aber auch bei anderen Klagen vor S. 224[3]. — Afric. 48 D. 3, 5 behandelt einen Fall der „unfreiwilligen“ negotiorum gestio S. 225[2, 3]. — Gegensatz zwischen Kontraktsklage und condictio S. 231 fg. (cf. S. 6[3]). — Die condictio furtiva de peculio S. 235. 241. — Deductione peculium minuitur ipso iure S. 236[3]. — Unsere Erklärung von Julian 33 D. 12, 6 S. 242 fg. —

Die Anwendungsfälle der condictio impensarum S. 244 fg. — Die prozessualische Behandlung der cond. impensarum S. 248 fg. —

Seite

3. Die condictio operarum und die condictio habitationis S. 251 fg. — 251—258

4. Die condictio servitutis S. 258 fg. 258—262

5. Die condictio obligationis S. 262 fg. — Die condictio cautionis S. 262 fg. — Die anderen Anwendungsfälle der cond. obligationis S. 267 fg. — Die condictio obligationis ersetzt die Restitution der erloschenen Schuld S. 269 (cf. S. 110[1–4]). — Die prozessualische Behandlung der condictio obligationis S. 270 fg. 262—273

6. Die condictio liberationis S. 273 fg. — Die prozessualische Behandlung S. 281 fg. — Die Auffassung von Benigni S. 283 fg. (cf. S. 179[4] fg.). — Die condictio des Schuldscheines S. 284[4–7] (cf. S. 124[10] u. oben § 16, I). — 273—284

7. Ergebnis über die sog. condictio incerti S. 284 fg. — Die allgemeine Definition von condictio (Gaius IV 5) S. 288 fg. (cf. S. 127[4]. 303[5]. 330[6, 7]. 337[4–6]). 284—290

§ 17.

Die prozessualische Bestimmung des Gegenstandes der condictio erfolgt durch ein arbitrium im Verfahren in iure. . . . . . 290—331

I. Das klägerische Selbstschätzungsrecht ist bei den Scholiasten anerkannt S. 291. 293 fg. (cf. S. 30 fg. 52 fg. 100[2]. 330[8]). — Die Scholiasten kennen die condictio als allgemeine Konkurrenzklage, und nicht bloß die condictio certi (= condictio certae pecuniae) als Konkurrenzklage der condictio certae rei und der condictio facere oportere (sog. condictio incerti) S. 296 fg. — Die condictio certi (= c. certae pecuniae) der Scholiasten war das Durchgangsstadium zur condictio als allgemeinen Konkurrenzklage S. 303. — Die Auffassung von Kindel ist zu verwerfen S. 304[4]. — Die allgemeinen Gründe, welche gegen das klägerische Selbstschätzungsrecht im klassischen Rechte sprechen S. 310 fg. —

II. Im klassischen Rechte wurde der Gegenstand der condictio durch ein arbitrium in iure festgestellt. Die allgemeinen Gründe dafür S. 312 fg. — Von der condictio heißt es 'competit' S. 314[5]. — Sie stammt aus dem ius gentium S. 315[2, 3] (cf. S. 14[1]. 350[3]). — Die denegatio actionis S. 315[4, 5]. — Das arbitrium in iure war fakultativ S. 316. — Die Analogie des Repetundenverfahrens S. 317[1]—320[2]. — Die direkten Beweise für das arbitrium in iure zwecks Feststellung des Gegenstandes der condictio S. 320 fg. (cf. S. 292[6]). — Cicero pro Q. Roscio comoedo S. 323 fg. — Das bei Cic. pro Q. Roscio 4 § 12 erwähnte arbitrium ist nicht ein Schiedsgericht (S. 325[7]. 326[2]), sondern hat die Aufgabe, den Gegenstand der condictio festzu- 312—331

Seite

stellen S. 325/326. — Das erwähnte arbitrium bezieht sich auch nicht auf die Sozietätsklage S. 327[3.4]. 328[5]—329[2]. — Weitere Gründe für das arbitrium in iure S. 329 fg. —

§ 18.

Die Formel der condictio. . . . . 331—347

I. Die Formel der condictio ist abstrakt S. 332. —

II. Die Kondiktionsformel geht auf dare oportere S. 332 (cf. S. 47). — Die Formel der condictio certae pecuniae ist identisch mit der Formel der actio certae creditae pecuniae S. 336[6—8] (cf. S. 39 fg.). — Die Formel der condictio certae pecuniae S. 334. — Die Formel der condictio certae rei S. 334[7]—335. — Beide waren im Album proponiert S. 334[5]. 336[1]. — 332—336

III. Es gibt eine condictio facere oportere S. 336 fg. (cf. § 14, III dieser Übersicht). — Die Formel der condictio facere oportere wird für die einzelnen Anwendungsfälle spezialisiert S. 339[6]—340[5]. — Die Formel der condictio facere oportere geht auf quanti ea res est S. 340[6—8]. — Sie ist nicht identisch mit der Formel der actio incerti S. 339[8] (cf. oben § 16, II). — Die condictio facere oportere gilt nicht als condictio certae rei S. 341[1—7] (cf. § 16, I dieser Übersicht). — Die Formeln der condictio facere oportere S. 341[8]—343[3]. — Die Formeln waren im prätorischen Album nicht proponiert S. 343[4]—346[4]. — 336—347

§ 19.

Die sponsio tertiae partis und der Zwangseid. 347—355

I. Die sponsio t. p. hängt mit dem ältesten Sponsionsverfahren zusammen S. 348[1—3]. — Im klassischen Rechte kommt die sponsio t. p. bei der condictio certae pecuniae vor S. 349[1.2] (cf. S. 39 fg., 336[6]). — Auch bei der condictio certae rei S. 349[3]—350[4]. — Dagegen nicht bei der condictio facere oportere S. 350[5]—351[2]. — Im klassischen Rechte hatte die sponsio t. p. lediglich pönalen Charakter S. 350[4]. 351[3.4] — und war fakultativ S. 351[5—7] (cf. S. 355[4]). — Die sponsio t. p. wurde in iure nach Entscheid des zwecks Feststellung des Gegenstandes der condictio eingesetzten arbitrium abgeschlossen S. 352. —

II. Der Zwangseid ist der condictio dare oportere eigentümlich S. 353[10]—354[2]. — Der Zwangseid ist prätorischen Rechtes S. 354[3.4]. — Die condictio ist eine „schleunige“ Klage S. 354[5]—355[3]. — Mit der sponsio tertiae partis konnte der Zwangseid nicht zusammentreffen S. 355[4] (cf. S. 351[5—7]). — 353—355

## Vierter Abschnitt.

### Der Gegenstand der condictio.

### § 13.

### Im allgemeinen.

In der Frage über den Gegenstand der condictio stehn sich zwei Hauptansichten gegenüber. Nach der früher herrschenden Ansicht, welche in neuerer Zeit noch Vertreter hat, ist Gegenstand der condictio die im Augenblick der litiscontestatio beim Beklagten vorhandene Vermögensvermehrung. Nach der heute dagegen herrschenden Ansicht ist Gegenstand der condictio die vom Beklagten empfangene Vermögensvermehrung.[1])

Da wir keiner dieser beiden Ansichten uns anzuschließen vermögen, so werden wir in selbständiger Weise unser gesamtes Material mit Rücksicht auf den Gegenstand der condictio zu erörtern haben. Es muß nun hervorgehoben werden, was schon Pernice betont hat, daß bei der Bestimmung des Gegenstandes der condictio die prozessualische Seite der Frage in den Vordergrund gerückt werden muß.[2]) In der Tat wäre es wohl ein vergebliches Bemühn, über die leitenden Grundsätze, nach denen das klassische römische Recht den Gegenstand der condictio bestimmte, sich klar zu werden, wenn wir nicht vorher uns ein Bild von der prozessualischen Behandlung der condictio zu machen versuchten. Damit rechtfertigt es sich, daß wir in unseren Untersuchungen zwei Teile machen.

---

[1]) Vgl. unten § 20. — [2]) Labeo II [2], 2 S. 101 [3] „es handelt sich hier um eine Klagform, bei der naturgemäß die prozessualische Seite voran stehn muß“.

In dem ersten Teile werden wir die prozessualische Bestimmung des Gegenstandes der condictio behandeln. Hier werden wir uns namentlich mit der Hauptfrage zu beschäftigen haben, welche dahin geht: In welcher Weise wurde prozessualisch der Gegenstand der condictio festgestellt?

In dem zweiten Teile dagegen werden wir die materielle Bestimmung des Gegenstandes der condictio behandeln. Hier werden wir die leitenden Grundsätze aufzusuchen haben, nach denen materiell der Gegenstand der condictio nach seinem Inhalte und Umfange bestimmt wurde. Daraus ergibt sich der Gegenstand der condictio. Um zu unserem Ziele zu gelangen, wird eine eingehende Erörterung der Einzelentscheidungen der römischen Juristen notwendig sein. Daher wollen wir schon an dieser Stelle einen Punkt zurückweisen, der vielleicht als Schlüssel für die allgemeine Beantwortung der Frage nach dem Gegenstande der condictio betrachtet werden könnte. Wir meinen die Konkurrenzcondictio, d. h. die condictio in denjenigen Fällen, in welchen sie mit anderen Klagen konkurriert. Man könnte nämlich folgendermaßen schließen wollen. Da die condictio in einer Anzahl von Fällen in Konkurrenz mit einer anderen Klage erwähnt wird, so müsse die condictio offenbar auf denselben Gegenstand gehn, wie die andere Klage. Da die Feststellung des Gegenstandes der konkurrierenden Klage in der Regel keine Schwierigkeiten machen wird, so sei damit auch der Gegenstand der condictio festgestellt. Gegen eine solche Schlußfolgerung ist folgendes einzuwenden. Von Klagenkonkurrenz im eigentlichen Sinne kann nur da gesprochen werden, wo mehrere Klagen auf Grund desselben Tatbestandes dasselbe Ziel verfolgen, sodaß die Geltendmachung der einen Klage die Geltendmachung der anderen ausschließt.[1] Überblicken wir aber die Fälle, in denen die condictio neben anderen

---

[1]) sog. elektive Konkurrenz. Vgl. v. Savigny, System V 208 fg., Merkel, Konkurs der Aktionen 6, Eisele, Zur Lehre von der Klagenkonkurrenz, Arch. f. zivilist. Prax. 79 (1892) 329 fg., Dernburg-Biermann, Pandekten I⁷ § 135, 3.

Klagen erwähnt wird, so müssen wir diese Fälle in *zwei Kategorien* teilen. In der *einen Kategorie* von Fällen handelt es sich überhaupt nicht um Klagenkonkurrenz in dem angegebenen Sinne. Vielmehr handelt es sich hier um Fälle folgender Art. Es kann für den Kläger eine Kontraktsklage begründet sein, sofern der Kläger sich auf den Kontrakt beruft. Aber der Kläger kann auch unter Beiseitelassung des Kontraktsverhältnisses sich auf die unrechtmäßige Vermögensvermehrung auf seiten des Beklagten berufen und auf Grund davon die condictio erheben.[1]) In beiden Fällen ist die rechtliche Grundlage der Klage, welche der Kläger erhebt, eine verschiedene: in dem ersten Falle das Kontraktsverhältnis, in dem zweiten Falle die unrechtmäßige Vermögensvermehrung. Von einer Konkurrenz zwischen Kontraktsklage und condictio kann daher nicht die Rede sein. Auch von einer *Subsidiarität* der condictio kann man nicht sprechen. Denn subsidiär wäre die condictio, wenn sie erst dann anwendbar wäre, sofern die Kontraktsklage nicht begründet ist.[2]) In den erwähnten Fällen dagegen liegt es in dem Belieben des Klägers, ob er auf das Kontraktsverhältnis sich stützen und die *Kontraktsklage* erheben will, oder ob er auf die unrechtmäßige Vermögensvermehrung auf seiten des Beklagten sich berufen und die *condictio* erheben will. Der Kläger kann somit von vorneherein die condictio erheben. Sind also in dieser Kategorie von Fällen die *rechtlichen Grundlagen* der condictio und der Kontraktsklage verschiedene, so sind natürlich auch die *Ziele* der beiden Klagen verschiedene. Mit der Kontraktsklage erstrebt der Kläger Erfüllung des Kontraktes bzw. Ersatz des Interesse, mit der condictio erstrebt der Kläger Herausgabe der unrechtmäßigen Vermögensvermehrung. Unter diesen Umständen kann uns natürlich der Gegenstand der Kontraktsklage keinen Anhalt bieten für die Bestimmung des Gegenstandes der condictio. Die *zweite Kategorie* von Fällen betrifft allerdings die

---

[1]) So präzisiert auch *Girard*, Droit romain[4] 610[2 a. E.] — [2]) So ist es bei der actio doli, welche subsidiär ist. *Ulp.* 1 § 1 D. 4, 3.

Klagenkonkurrenz in dem eigentlichen Sinne. Aber es handelt sich um die Konkurrenz der condictio mit anderen Klagen gemäß Ulpian 9 D. 12, 1. Es muß nun heute als erwiesen betrachtet werden, daß die condictio als allgemeine Konkurrenzklage in 9 D. 12, 1 interpoliert ist.[1]) Dann ist aber die condictio als Konkurrenzklage auch in den anderen Fällen, in denen sie vorkommt, interpoliert. Somit bietet uns auch diese Kategorie von Fällen keinen Anhalt für die Bestimmung des Gegenstandes der condictio. Mit Rücksicht auf dieses negative Resultat bezüglich der Konkurrenzcondictio verlohnt es sich nicht, das ganze Material noch einmal vorzuführen. Es seien daher hier nur die einzelnen Fälle angegeben, in denen die condictio in Konkurrenz mit anderen Klagen vorkommt, sei es, daß eine Konkurrenz der erwähnten ersten Kategorie oder eine solche der erwähnten zweiten Kategorie vorliegt.[2]) Es handelt sich um die Konkurrenz der condictio mit rei vindicatio[3]), vindicatio utilis[4]), actio rerum amota-

[1]) Vgl. oben Bd. I 1 [2], 139 [1–3] und ferner zustimmend Naber, Observatiunculae de iure romano, Mnemosyne, Bibliotheca philolog. Batava XX (1892) 182 fg., Pernice, Realverbalkontrakt, Parerga IV, Z. d. S.St. XIII 252 fg., Jobbé-Duval, Études sur l'histoire de la procedure civile chez les Romains. Paris. I (1896) 95 fg., Girard, Nouv. Revue hist. de droit XIX 416 und Droit romain [4] 610 [2], Lenel, Édit I 269 [3], Dernburg-Biermann, Pandekten I [7] § 131 [6]. Gegen die Interpolation von 9 pr. D. 12, 1 haben sich ausgesprochen Kipp, v. condictio in Pauly-Wissowa, Realencyclop. 850, 43 fg. und Karlowa, Röm. Rechtsgesch. II 763 fg. Jedoch stimmt Kipp a. a. O. 852, 58 der herrschenden Ansicht darin zu, daß die Interpolation von 9 pr. D. 12, 1 anzunehmen ist, sofern daraus die allgemeine Ergänzungsklage mit Selbstschätzungsrecht des Klägers im Baronschen Sinne gefolgert werden sollte. Vgl. darüber unten § 17, I. — [2]) Vgl. v. Savigny, System V 578 fg., Voigt, Condictiones 819 fg., Bekker, Aktionen I 135 fg., Pernice a. a. O. Z. d. S.St. XIII 248 fg. und Labeo III 229—232, v. Mayr, Condictio 244 fg., Pflüger, Ciceros Rede pro Q. Roscio comoedo, rechtlich beleuchtet (1904) 71 fg. — [3]) Ulp. 22 § 2 D. 13, 7 (cf. Ulp. 24 D. 25, 2). Diese Konkurrenz kommt nur bei der condictio furtiva vor. Vgl. oben Bd. I 34. 38 [2–5]. Die Haftung ist bei beiden Klagen verschieden, vgl. unten § 23. — [4]) 1 C. 8, 54 a. 258, 15 § 1 C. 5, 3 a. 319 (H. Krüger, Z. d. S.St. XII 163 fg., 171, Erman, Beiträge zur Publiciana, Z. d. S.St. XIII 208 oben, v. Mayr, Condictio 262 fg. und Vindicatio utilis, Z. d. S.St. XXVI 86 [1–5], 98 fg.).

rum[1]), actio pigneraticia[2]), actio in factum[3]), actio in factum de calumniatoribus[4]), actio praescriptis verbis[5]), interdictum[6]), in integrum restitutio[7]), adjektizischen Klagen (actio institoria und de peculio et de in rem verso)[8]), actio depositi[9]), actio commodati[10]), actio ex conducto[11]), actio ex vendito bzw. ex emto[12]), actiones mandati, negotiorum gestorum, societatis aliasque similes[13]), actio negotiorum

[1]) Jul. bei Ulp. 17 § 2 D. 25, 2, Gaius 26, Ulp. 24, Marcian 25 D. eod. (Mitteis, Condictio generalis, Jherings Jahrb. 39, 157 [1] wie oben Bd. I 212 [2]. Dagegen nehmen Pernice, Sog. Realverbalkontrakt, Parerga IV, Z. d. S.St. XIII 252 [6], Lenel, Édit II 26 und Pflüger, Ciceros Rede pro Q. Roscio 69 diese condictio für die condictio generalis der Kompilatoren. Vgl. noch Baron, Condictionen 255 fg. und Hitzig, Beiträge zur Lehre vom furtum, Z. d. S.St. XXIII 315 [1]). — [2]) Ulp. 4 § 1 D. 12, 1 (v. Savigny, System V 566[b], Pernice, Labeo III 231 [6, 7], Mitteis a. a. O. 156/157, Pflüger a. a. O. 54. 55, unten § 17, I). — [3]) Jul. 18 § 1 D. 39, 6 (unten § 16, II, auch Trampedach a. a. O. Z. d. S.St. XVII 124 [1] und v. Mayr a. a. O. Z. d. S.St. XXV 193 [4]). — [4]) Ulp. 5 § 1 D. 3, 6 (Pernice, Labeo III 230 [3], Lenel, Édit I 122). — [5]) Paul. 5 § 2 D. 19, 5, Ulp. 3 § 2 D. 12, 4 (oben Bd. I 201 [4], 202 [2–4], 50 [4], auch unten § 16, II), Ulp. 3 § 4 D. 12, 4 (Naber, Observat. de iure romano, Mnemosyne XX 106 fg., über Pap. 8 D. 19, 5 vgl. oben Bd. I 184). — [6]) Jul. 19 § 2 D. 43, 26 (unten § 16, II). Vgl. auch Pomp. bei Ulp. 9 pr. D. 4, 2 (unten § 16, IV, 1). — [7]) Pap. bei Ulp. 23 § 2 D. 4, 6, wo man an eine condictio possessionis denken könnte. Vgl. v. Mayr a. a. O. Z. d. S.St. XXV 192 [10]. Bezeichnend in diesem Zusammenhange ist Pomp. bei Ulp. 16 § 2 D. 4, 4 non enim ipso iure sed per condictionem munitus est. — [8]) Jul. bei Paul. 29 D. 12, 1, Paul. 17 § 5 D. 14, 3 (Baron, Condictionen 242 fg., Mitteis a. a. O. 156, 169 fg., v. Mayr, Condictio 189 [2] fg., 246 fg., Pflüger a. a. O. 73 fg., 76, 89, 92, unten § 16, II). — [9]) Paul. 13 § 1 D. 16, 3, Ulp. 5 D. 27, 3 (Pernice, Labeo III 229 [4], 230 [2], Mitteis a. a. O. 157, Pflüger a. a. O. 72). — [10]) Paul. 34 § 1 D. 44, 7, Ulp. 5 D. 27, 3, (Pernice, Labeo III 229 [3], 230 [2]). — [11]) Cass. bei Ulp. 2 D. 12, 7 (Pernice, Labeo III 231 [2], vgl. Thayssen, Condictio und Bereicherungsanspruch, Göttinger Diss. 1905). — [12]) Trebat. bei Paul. 18 § 3 D. 4, 3 (unten § 16, III), Jul. bei Ulp. 11 § 7 D. 15, 1, Jul. bei Ulp. 11 § 6 D. 19, 1, Pomp. bei Ulp. 32 D. 19, 1 (unten § 16, III), Ulp. 38 D. 21, 2 (Pernice, Labeo III 237 [4]), Marcian 35 D. 8, 2 (Pernice, Labeo III 231 [2]), Hermog. 74 § 1 D. 21, 2 (Pernice, Labeo III 237 [4]). — [13]) Cicero pro Q. Roscio c. 6 § 16 (Baron, Condictionen 98, 170 fg., Pernice, Labeo III 224, 225, Girard, Droit romain [4] 610 [2]), Paul. 28 § 4 D. 12, 2, Ulp. 5 D. 44, 2, Ulp. 47 pr. D. 17, 2 (Naber, Observat. de iure romano, Mnemosyne XVII 125 fg., Bekker, Zur Lehre von

gestorum[1]), actio rei uxoriae.[2]) Bei dieser Sachlage treten in das richtige Licht diejenigen Entscheidungen, welche die condictio als Gegensatz zur Kontraktsklage hervorheben, und somit die Konkurrenz ausschließen.[3]) In diesem Zusammenhang sei noch angegeben, daß die römischen Juristen mitunter andere Klagen und Rechtsmittel geben, wo wir das Eingreifen der condictio erwarten dürften, so insbesondere geben sie eine actio utilis[4]), eine actio in factum[5]), die actio doli[6]), die actio quod metus causa.[7]) Das Ziel der Klagen ist auch in diesen Fällen ein verschiedenes. In der Regel handelt es sich darum, daß im konkreten Falle auf Grund des vorliegenden Tatbestandes eine andere Klage berechtigt ist, z. B. die actio doli. Aber daraus folgt nicht, daß die Grundlage der

---

den Kondiktionen, Z. d. S.St. IV 99, Pernice, Labeo III 229 [2], 232, Mitteis a. a. O. 156, Girard, Droit romain [4] 610 [2 a. E.], Pflüger a. a. O. 71. 72).

[1]) Afric. 48 D. 3, 5 und 23 D. 12, 1 (Pernice, Labeo III 237 [4]). Vgl. auch Pap. 50 § 1 D. 5, 3 (Pernice ib. und Pflüger a. a. O. 49). — [2]) Proc. 67 D. 23, 3 (oben Bd. I 168, Pernice, Labeo III 231 [5] und II [2], 1 S. 398 [4] — 401). — [3]) Z. B. Mela bei Ulp. 19 § 6 D. 19, 2 (oben Bd. I 73 [2, 3] und Pernice, Labeo III 217 [1–3]), Pomp. 16 D. 13, 1 (unten § 23), Scaev. 58 § 2 D. 24, 1 (oben Bd. I 213, Pernice, Labeo III 219 [2]), Pap. 7 D. 19, 5 (unten § 16, II), Paul. 65 § 8 D. 16, 1, Paul. 13 § 1 D. 16, 3 (Pernice, Labeo III 229 [4], Mitteis a. a. O. 156, Pflüger, Ciceros Rede pro Q. Roscio 72), Ulp. 8 § 8 D. 16, 1 (unten S. 7 [1]). Vgl. auch Naber a. a. O. Mnemosyne XX 191. — [4]) Tryph. 12 § 1 D. 20, 5. Vgl. Windscheid-Kipp, Pandekten II [8] § 422 [4, c)] Pernice, Labeo III 237 [4], Trampedach a. a. O. Z. d. S.St. XVII 124 [2]. Ob dagegen Ulp. 21 D. 19, 5 hierher gehört (Trampedach a. a. O. und v. Mayr, a. a. O. Z. d. S.St. XXV 193 [3]), muß als recht zweifelhaft bezeichnet werden. Daß man bei Paul. 23 § 5 D. 6, 1 nicht die condictio erwarten dürfte, darüber vgl. Erman, Beiträge zur Publiciana, Z. d. S. St. XIII 212 und Pflüger, Ciceros Rede pro Q. Roscio 48. Über Pomp. 66 D. 46, 3 (v. Tuhr, Krit. Vjschr. 38 (1896) S. 389), vgl. unten § 23. — [5]) Jav. 10 D. 19, 5, Marcell. bei Ulp. 9 § 4 D. 10, 4 und 1 § 17 D. 36, 3. Vgl. Pernice, Labeo III 203 [3, 2], Trampedach a. a. O. 120, v. Mayr, a. a. O. Z. d. S.St. XXV 192 [2], 193 [4]. Ob Pap. 1 pr. D. 19, 5 (Trampedach a. a. O. 124 [1], v. Mayr a. a. O. 193 [4]) hierher gehört, ist recht zweifelhaft. Dagegen ist die bei Paul. 1 § 11 D. 35, 2 erwähnte actio (Pernice, Labeo III 250 [1]) wohl die condictio (vgl. unten § 16, II zu 3 § 10 D. 35, 3). Das gleiche gilt von Ulp. 26 D. 5, 2 trotz Pflüger a. a. O. 48. — [6]) Gaius 23 D. 4, 3. Vgl. Pernice, Labeo III 250 [1]. — [7]) Jul. bei Ulp. 9 § 7 D. 4, 2. Vgl. v. Mayr a. a. O. 193 [6].

condictio dieselbe ist, wie die der actio doli. Der vorliegende Tatbestand ist nur derartig gestaltet, daß er sowohl die Voraussetzungen der actio doli wie die der condictio enthält. Nichtsdestoweniger ist die Grundlage beider Klagen eine verschiedene. Die actio doli stützt sich auf den vorliegenden Tatbestand, insofern dieser eine dolose Schadenszufügung seitens des Beklagten aufweist. Die condictio stützt sich auf den vorliegenden Tatbestand, insofern dieser eine unrechtmäßige Vermögensvermehrung auf seiten des Beklagten aufweist. Es ist klar, daß die Ziele beider Klagen verschieden sind.[1]) Die actio doli geht auf Schadensersatz, die condictio auf Herausgabe der unrechtmäßigen Vermögensvermehrung. Von einer Konkurrenz im eigentlichen Sinne kann daher auch hier nicht die Rede sein.[2]) Denn aus dem Kontraktsverhältnis folgt keineswegs immer, daß eine Abrede gegen die Vermögensvermehrung auf seiten des Beklagten vorliegt.[3]) Man kann also nicht sagen, daß mit der Kontraktsklage nach unserer Auffassung die condictio stets konkurriere, da bei Ungültigkeit des Kontraktes eine Abrede übrig bleibe, durch welche die Vermögensvermehrung auf seiten des Beklagten als eine unrechtmäßige erscheint.[3]) Dies ist unrichtig. Ist der Kontrakt ungültig, dann bleibt auch keine Abrede übrig. Ist aber der Kontrakt gültig, dann kann nicht von einer Abrede gesprochen werden, welche sich gegen die Vermögensvermehrung auf seiten des Beklagten richtet. Der Kontrakt geht auf eine Leistungsverpflichtung des Beklagten und nicht für oder gegen eine Vermögensvermehrung auf seiten des Beklagten. Soll die condictio sich auf eine Abrede stützen, dann muß eine Abrede vorliegen, welche direkt gegen die Vermögensvermehrung auf seiten des Beklagten gerichtet ist, was z. B. von der Draufgabe[3]) gilt.

---

[1]) Vgl. Ulp. 8 § 8 D. 16, 1 non erit igitur utilis actio necessaria, cum condictio competat. — [2]) Dies gesteht auch Eisele a. a. O. 363 zu, obwohl er in solchen Fällen dieselbe rechtliche Grundlage (eadem causa) annimmt (S. 361). Die Verschiedenheit der Eiseleschen Auffassung kommt für die Klagenkonsumtion, nicht aber für unsere Frage in Betracht. Daher brauchen wir darauf nicht näher einzugehn. — [3]) Vgl. oben Bd. I 132 fg.

# Erster Teil.

## Die prozessualische Bestimmung des Gegenstandes der condictio.

### § 14.

### Die Fragenstellung.

I. Die Frage, in welcher Weise der Gegenstand der condictio prozessualisch bestimmt wurde, macht scheinbar der herrschenden Ansicht keine Schwierigkeiten, ja wird nicht einmal mit besonderer Hervorhebung gestellt. Nach der herrschenden Ansicht ist Gegenstand der condictio die vom Beklagten empfangene Sache.[1]) Der Kläger hat daher hierauf die condictio zu richten. Damit erledigt sich die Frage nach der prozessualischen Bestimmung des Gegenstandes der condictio. Und doch treten einer solchen Auffassung unüberwindliche Schwierigkeiten entgegen. Die condictio führt zum strictum iudicium, wie allseits anerkannt wird.[2]) Im strictum iudicium darf aber der iudex nur auf den in der intentio der Formel angegebenen Gegenstand nach Geldschätzung auf Grund des quanti ea res est verurteilen.[3]) Diesen Grundsatz hebt sehr deutlich hervor

Cicero pro Q. Roscio c. 4 § 10 Pecunia tibi debebatur certa, quae nunc petitur per iudicem: — hic tu si amplius H. S. nummo petisti, quam tibi debitum est, caussam perdidisti: propterea quod aliud est iudicium, aliud arbitrium. Iudicium est pecuniae certae: arbitrium incertae.

---

[1]) Vgl. ausführlich unten § 20. — [2]) v. Savigny, System V 106, 481 fg., 503 fg., v. B.-Hollweg, Zivilprozeß II 274, v. Keller-Wach, Röm. Zivilpr. [6] § 88, Brinz, Pandekten I [2] § 83 [14], Windscheid-Kipp, Pandekten II [8] § 424 [1], Dernburg-Biermann, Pandekten II [7] § 138 [3], Girard, Droit romain [4] 490. 491, R. Leonhard, Institutionen 472, Pernice, Labeo II [2], 2 S. 104 [1], v. Mayr, Condictio 137. 206 und Condictio incerti, Z. d. S.St. XXV 204 [11]. — v. Savigny a. a. O. verselbigt sogar condictio und strictum iudicium, wogegen mit Recht sich aussprechen Girard a. a. O. 611 [1] und v. Mayr a. a. O. XXV 204 [8-10]. — [3]) Daß mit dem quanti ea res est der Formel bei der condictio nur der Sachwert des in der intentio bezeichneten Gegenstandes getroffen werden kann, darüber vgl. unten § 16, IV, 1.

Ad iudicium hoc modo venimus, ut totam litem aut obtineamus aut amittamus: ad arbitrium hoc animo adimus, ut neque nihil neque tantum, quantum postulavimus, consequamur.

Cicero hebt als charakteristisches Merkmal des strictum iudicium hervor, daß der Kläger entweder das ganze, was er fordert, erhält, oder das ganze verliert. Daraus folgt, daß der iudex nicht die Macht hat, auf Grund des quanti ea res est der Formel den Anspruch des Klägers zu erhöhen oder herabzusetzen. Allerdings hat Cicero die condictio certae pecuniae vor Augen, wo ausdrücklich hervorgehoben wird, daß die condemnatio eine certa ist[1]); aber der Gegensatz zwischen iudicium und arbitrium wird von ihm allgemein hervorgehoben, sodaß das Gesagte auch für die condictio certae rei gelten muß. Dies wird unterstützt durch

Seneca, De benef. III c. 7 § 5 melior videtur condicio causae bonae, si ad iudicem quam si ad arbitrum mittitur, quia illum formula includit et certos, quos non excedat, terminos ponit, huius libera et nullis adstricta vinculis religio et detrahere aliquid potest et adicere rel.

Im Gegensatz zum iudicium wird vom arbitrium gesagt, daß der Richter den klägerischen Anspruch sowohl mindern wie mehren kann.[2]) Daraus folgt, daß im iudicium dies nicht zulässig ist, sodaß hier der iudex nur auf den in der intentio der Formel bezeichneten Gegenstand bzw. auf dessen Geldwert verurteilen kann. Nur soweit die omnis causa nach der Litiskontestation in Betracht kommt, kann die Kondemnation von dem iudex über den Wert des in der intentio bezeichneten Gegenstandes gesteigert werden.[3]) Die ange-

---

[1]) G. IV 49. 50. 52. — [2]) Vgl. auch Seneca, De clementia II c. 7 § 3, wo vom arbiter im übertragenen Sinne gesagt wird: non sub formula sed ex aequo et bono iudicat; et absolvere illi licet et, quanti vult, taxare litem. Dies weist auf eine Beschränkung des iudex im strictum iudicium bei der aestimatio litis hin. — [3]) Pap. 2. 3 § 1 D. 22, 1, Paul. 31 pr. D. 12, 1. Vgl. v. Savigny, System V 465 [d. e], v. B.-Hollweg, Zivilprozeß II 266 [35], 267 [36], Pernice, Labeo II [2], 1 S. 351 [1].

gebene Stellung des iudex im strictum iudicium wird denn auch grundsätzlich in der Literatur anerkannt.[1])

Wenn daher die herrschende Ansicht annimmt, daß mit der vom Beklagten empfangenen Sache auch der Gegenstand der condictio bestimmt ist, so daß prozessualisch der Kläger auf sie die condictio zu richten habe, dann dürfte mit Rücksicht auf den Charakter der condictio als strictum iudicium der iudex den Kondiktionsbeklagten nur auf die empfangene Sache bzw. deren Geldwert kondemnieren. Nun ist uns aber ausdrücklich bezeugt, daß der Kondiktionsbeklagte entweder zu Mehr oder zu Weniger verurteilt werden kann.[2]) Der mit der condictio rei furtivae Beklagte wird auf den höchsten Wert der entwendeten Sache verurteilt.[3]) Dieser höchste Wert kann nicht als omnis causa der entwendeten Sache in Betracht kommen, da nicht die Wertsteigerung nach der Litiskontestation in Frage steht, sondern der höchste Wert seit Begehung des Diebstahls.[4]) Andererseits wird der Kondiktionsbeklagte mitunter auf ein Weniger verurteilt, als die empfangene Sache wert ist. So hat der mit der condictio habitationis ex causa indebiti Beklagte nicht den Wert der empfangenen Wohnung herauszugeben, sondern nur soviel, als er für eine Wohnung verausgabt hätte[5]), d. h. nur soviel, als seine Vermögensvermehrung, seine „Bereicherung“ beträgt. Desgleichen hat der mit der condictio operarum ex causa indebiti Beklagte nicht den Wert der Dienste dem Kläger zu ersetzen, sondern nur soviel, als der Beklagte für

---

[1]) v. Savigny, System V 70 [n], 487 fg., v. B.-Hollweg, Zivilprozeß II 263 [10–14], 266 [30. 31], v. Keller-Wach, Röm. Zivilpr.[6] §§ 7. 88, Brinz, Pandekten I[2] § 83 [5] S. 270, Windscheid-Kipp, Pandekten II[8] § 254, v. Czyhlarz, Institutionen § 75, 2, Pflüger, Condictio incerti, Z. d. S. St. XVIII 80/81 „condemnatio, die bei der sog. condictio certi — nur auf die geforderte Geldsumme oder den Wert der geforderten Sache gehn konnte“. — [2]) Diese Schwierigkeit bemerkt sehr wohl Girard, Droit romain[4] 619 [1]. — [3]) Ulp. 8 § 1 D. 13, 1 (unten § 23). — [4]) arg. Tryph. 29 D. 25, 2. Mit Recht wendet sich Pfersche, Bereicherungsklagen 12 [1] gegen die Aushilfe, der condemnatio in der Formel die Worte quanti ea res unquam plurimi fuerit hinzuzusetzen. — [5]) Paul. 65 § 7 D. 12, 6 (unten § 23).

dergleichen Dienste verausgabt hätte[1]), d. h. wiederum nur soviel, als seine Vermögensvermehrung, seine „Bereicherung" beträgt. Desgleichen hat der mit der condictio indebiti Beklagte, welcher den nichtgeschuldeten Sklaven empfangen und ohne Arglist veräußert hat, nur soviel herauszugeben, als er im Augenblick der Litiskontestation noch von dem Kaufpreise hat[1]), also wiederum nur soviel, als seine Vermögensvermehrung, seine „Bereicherung" beträgt. Pernice[2]), welcher vom Standpunkte der herrschenden Ansicht die Frage nach dem Gegenstande der condictio am eingehendsten behandelt, will die Macht des iudex, in so verschiedentlicher Weise zu kondemnieren, auf das quanti ea res est der Formel stützen. Brinz[3]) meint, daß dem officium iudicis in der condictio ein besonders weiter Umfang zugemessen werden müsse, wodurch die condictio teilweise den Charakter einer actio arbitraria annehme. Wir glauben, daß diese Auswege sämtlich mit der Natur der condictio als strictum iudicium unverträglich sind.[4])

Eine weitere Schwierigkeit bietet die Haftfrage. Der mit der condictio ex causa furtiva Beklagte haftet für

---

[1]) Cels. bei Ulp. 26 § 12 D. 12, 6 (unten § 23). — [2]) Labeo II[2], 2 S. 103, 2 „bei der Sachkondiktion ist das Objekt der Klage die Sache, die ins Vermögen des 'Bereicherten' übergegangen ist. Freilich muß sich der Kläger mit einer Geldabfindung begnügen: es gibt kein Mittel, ihm die Sache selbst zu verschaffen; sogar der Würderungseid ist im strictum iudicium ausgeschlossen. Die Abschätzung liegt vollständig in der Hand des Richters, und damit ist die Möglichkeit vorhanden, die besonderen Umstände zu berücksichtigen: der Richter kann statt des Gegenstandes mehr oder weniger zubilligen; das quanti ea res est umfaßt auch das Gesamtinteresse des Klägers." Vgl. Pernice, Labeo III 209 unten: „Daraus läßt sich abnehmen, daß man zunächst bei Fällen 'ungewisser Forderungen' mit dem quanti ea res est der condictio triticaria auskommen zu können meinte" und das. S. 210: „so fällt aller Nachdruck auf das quanti ea res est." — [3]) Pandekten II[2] § 300 [44] (S. 518). Ebenso Pfersche, Bereicherungsklagen 13[2]. 14 fg., wobei Pfersche ausdrücklich betont: „Was nun die Mehrungen oder Minderungen des ursprünglichen Objektes betrifft, so werden sie berücksichtigt, ohne daß in der Formel davon die Rede war, allein auf Grund der Ästimationsklausel" (quanti ea res est). — [4]) Vgl. ausführlicher unten § 16, IV, 1 über die Bedeutung des quanti ea res est der Formel, sowie §§ 17. 23.

zufälligen Untergang auch der Speziessache.[1]) Das paßt nicht mit dem im Kontraktrechte geltenden allgemeinen Rechtssatze, wonach nur das genus 'non perire videtur'. Dagegen haftet der mit der condictio causa data causa non secuta Beklagte nur für dolus und culpa.[2]) Pernice[3]) versucht auch die Regelung der Haftfrage bei der condictio mit den allgemeinen Sätzen des Kontraktrechtes in Einklang zu bringen, wobei freilich Pernice wiederholt selbst zugibt, für die condictio nicht ausdrückliches Beweismaterial zu haben.[4]) Wir glauben, daß es selbst den eingehenden Versuchen von Pernice nicht gelungen ist, die condictio unter die Sätze des allgemeinen Kontraktrechtes zu bringen.[5]) Im einzelnen werden wir auf die Frage in unseren Untersuchungen über die materielle Bestimmung des Gegenstandes der condictio zurückkommen.[6]) Wir meinen, daß aber schon die angegebenen Entscheidungen unserer Quellen genügen, um eine besondere Untersuchung über die prozessualische Bestimmung des Gegenstandes der condictio zu rechtfertigen.

Die früher herrschende Ansicht, welche als Gegenstand der condictio betrachtet die im Augenblicke der litiscontestatio beim Beklagten noch vorhandene Vermögensvermehrung, hat sich mit einer Untersuchung der prozessualischen Seite der Frage nicht befaßt. Und doch mußte auch für diese Auffassung sich die Frage aufdrängen, wie der Kläger von der Höhe der beim Beklagten im Augenblicke der litiscontestatio vorhandenen Vermögensvermehrung erfuhr, oder sofern man dem iudex im iudicium die Bemessung des Gegenstandes der condictio überlassen wollte, in welcher Weise die intentio der condictio formuliert war.[7])

II. Gibt uns somit die herrschende Ansicht, welche die Frage nach der prozessualischen Bestimmung des Gegenstandes der condictio ganz vom voreingenommenen Standpunkte der materiellen Bestimmung des Gegenstandes der

---

[1]) Cels. 68 § 5 D. 47, 2 (unten § 23), Paul. 30 § 1 D. 12, 2 (unten § 23), Pomp. 16 D. 13, 1 (unten § 23). — [2]) Ulp. 5 § 2 D. 12, 4 (unten § 23). — [3]) Labeo II[2], 2 S. 103 fg. — [4]) a. a. O. 114. 121. 126. 127. — [5]) Vgl. auch Baron a. a. O. 125[20]. — [6]) unten §§ 20. 23. — [7]) Vgl. ausführlicher unten § 20.

condictio behandelt, wobei ihr die vom Beklagten empfangene Sache als der Gegenstand der condictio erscheint, keine befriedigende Antwort, so ist es gerechtfertigt, die Frage nach der prozessualischen Bestimmung des Gegenstandes der condictio unabhängig von der Frage nach der materiellen Bestimmung des Gegenstandes der condictio zu untersuchen. Wollen wir aber eine Antwort auf die Frage erhalten, in welcher Weise prozessualisch der Gegenstand der condictio bestimmt wurde, so haben wir zuerst festzustellen, ob der Gegenstand der condictio in der intentio der Kondiktionsformel überhaupt angegeben war oder nicht.

Denn es ist klar, daß wir aller Schwierigkeiten enthoben wären, wenn die intentio der Kondiktionsformel die Bezeichnung des Gegenstandes der condictio nicht enthielte, sondern in einer demonstratio bzw. praescriptio der Kondiktionsformel nur allgemein auf das vorliegende Rechtsverhältnis verwiesen wäre, woran sich eine unbestimmte intentio mit

> quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet

anschließen würde. Die prozessualische Bestimmung des Gegenstandes der condictio würde dann durch den iudex im iudicium erfolgen. Die prozessualische Bestimmung des Gegenstandes der condictio würde in analoger Weise sich vollziehn, wie z. B. bei der Kaufklage, deren Formel für die actio emti lautete:

> Quod Aulus Agerius de Numerio Negidio hominem quo de agitur emit, qua de re agitur, quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona, eius iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemna. Si non paret absolve.[1])

Hier wird in der demonstratio allgemein auf das vorliegende Rechtsverhältnis (den Kauf des Sklaven) hingewiesen. Die intentio lautet unbestimmt mit quidquid ob eam rem etc. Was der Kläger vom Beklagten fordern darf bzw. was der

---

[1]) Lenel, Édit II 14.

Beklagte dem Kläger leisten müsse, ist in der intentio nicht angegeben. Erst der iudex bestimmt im iudicium den Gegenstand der Kaufklage auf Grund der weiten Ermächtigung quidquid ob eam rem $N^m$ $N^m$ $A^o$ $A^o$ dare facere oportet ex fide bona. Analog würde sich die prozessualische Bestimmung des Gegenstandes der condictio vollziehn, selbst wenn in der Kondemnation der Zusatz ex fide bona nicht enthalten sein würde.

Nun ist aber zweifellos, daß die Kondiktionsformel nicht in der Weise wie die Formel der actio emti lautete. Im Gegenteil, es wird uns mit einer über jeden Zweifel erhabenen Deutlichkeit berichtet, daß die intentio der Kondiktionsformel die bestimmte Angabe des Gegenstandes der condictio enthielt.

> G. IV 33 sive enim pecuniam sive rem aliquam certam debitam nobis petamus, eam ipsam 'dari nobis oportere' intendimus.

Gaius hebt auf das unzweideutigste hervor, daß der Gegenstand der condictio in der intentio der Formel angegeben sein muß; die intentio werde direkt auf den Gegenstand der condictio gerichtet. Aus diesem Umstande, daß die intentio der condictio den Gegenstand der Klage in bestimmter Weise enthalten mußte und direkt auf diesen Gegenstand gerichtet war, erklärt sich wohl am besten, warum die fiktizische Formulierung der condictio unzulässig war.[1])

---

[1]) G. IV 33. Aus G. IV 32 folgt, daß es sich um den in der intentio anzugebenden Gegenstand der Klage handelt: die fiktizische Übertragung der legis actio per pignoris capionem auf die Publikanenklage wird damit charakterisiert „ut quanta pecunia olim, si pignus captum esset, id pignus is a quo captum erat, luere deberet, tantam pecuniam condemnetur". So auch Wlassak, Röm. Prozeßges. I 251 [24]. Vgl. zur Frage noch Baron, Condictionen 211 fg., v. Keller-Wach, Röm. Zivilpr. [6] § 18 S. 96 [247a], v. Mayr, Condictio 142. Letzterer Verfasser erblickt mit Baron in G. IV 33 eine Stütze für den abstrakten Charakter der condictio. — Mit unserer Ausführung über G. IV 33 steht natürlich nicht im Widerspruch, daß man auf G. IV 33 sich auch für die Herkunft der condictio aus dem Peregrinenrecht berufen kann (oben Bd. I 53). Allzu großes Gewicht wollen wir aber auf dies Argument nicht legen.

Pomp. 7 D. 12, 6 Quod indebitum per errorem solvitur, aut ipsum aut tantundem repetitur.

Tryph. 55 § 1 D. 26, 7 praestare — quasi specie condictionis aut ipsam rem aut eius aestimationem.

Paul. II 31 § 13 Furti manifesti actio — ipsius rei persecutionem genere vindicationis et condictionis continet.

Ulp. 7 § 1 D. 13, 1 condictio petit rem ipsam.[1])

Ulp. 1 pr. D. 12, 7 qui autem promisit sine causa, condicere quantitatem non potest quam non dedit, sed ipsam obligationem.

Ulp. 7 pr. D. 7, 9 ipsa stipulatio condici poterit.

Marcian 25 D. 19, 5 quod autem indebitum datur, aut ipsum repeti debet aut tantundem ex eodem genere.

In der Literatur wird denn auch allgemein anerkannt, daß wenigstens das „Ursprüngliche“ war, daß der Gegenstand der condictio in der intentio der Formel in bestimmter Weise angegeben war, daß die condictio auf certum das Charakteristische der condictio ist.[2])

Daneben anerkennt aber die herrschende Ansicht eine condictio auf incertum, die sog. condictio incerti.[3]) Es

---

[1]) Vgl. Ulp. 8 pr. D. 13, 1 condictio ipsorum corporum. — [2]) Baron, Condictionen 88. 126. 219, Pfersche, Bereicherungsklagen 16, Pernice, Labeo III 203. 205, Trampedach, Condictio incerti, Z. d. S.St. XVII 98 [2], Pflüger, Condictio incerti, Z. d. S.St. XVIII 76 (läßt sogar die condictio ausschließlich auf certum gehn, was auch wir annehmen und noch erörtern werden), Girard, Droit romain [4] 614, H. Krüger, Z. d. S.St. XXI 424 („denn das certum war das Charakteristische von altersher“), v. Mayr, Condictio incerti, Z. d. S.St. XXV 204 [11]. — [3]) v. Savigny, System V 627 fg., v. B.-Hollweg, Zivilprozeß II 272 [72], v. Keller-Wach, Röm. Zivilpr. [6] § 40 S. 199, § 77 [302], Bekker, Aktionen I 108 fg., Baron, Condictionen 218 fg., Pfersche, Bereicherungsklagen 26, Huschke, Darlehn 212. 215 fg., Pernice, Labeo III 209. 210, Trampedach, Condictio incerti, Z. d. S.St. XVII 98 [2]. 99/100. 114. 120. 126 fg., Kipp, v. condictio in Pauly-Wissowa, Realencyclop. 856, 18 fg., 62 fg., 857, 4 fg., Stintzing, Beiträge z. röm. Rechtsgeschichte (1901) 20 fg., 29. 33. 34, H. Krüger, Z. d. S.St. XXI 424—430, Lenel, Édit I 179 [2, 3], Karlowa, Röm. Rechtsgeschichte II 765, Hruza, Jurist. Literaturblatt (1901) 90 fg., v. Mayr, Condictio incerti, Z. d. S.St. XXIV 258, XXV 193 [1–3] („als Sieg einer kleinen

hat nun zwar Pernice nachgewiesen, daß der nur vereinzelt in den Quellen vorkommende Zusatz certum bzw. certi bei der condictio interpoliert ist[1]), und Trampedach[2]) hat den Beweis für die Interpolation des incertum bzw. incerti erbracht. Beides wird heute allgemein anerkannt.[3]) Aber materiell scheint dadurch die Existenz der sog. condictio incerti neben der condictio auf certum nicht erschüttert zu sein.[4]) Jedoch wird wiederum allgemein angenommen, daß eine besondere Formel für die condictio incerti im prätorischen Edikte nicht proponiert war, daß aber eine besondere Formel in der Praxis im Umlaufe sich befand, daß somit eine besondere Formulierung der sog. condictio incerti notwendig war.[5])

Wird nun wenigstens materiell die sog. condictio incerti neben der condictio auf certum anerkannt, so tritt wiederum an uns die Frage heran, ob wenigstens nicht diese sog. condictio incerti mit einer unbestimmten intentio auf quidquid ob eam rem $N^m$ $N^m$ $A^o$ $A^o$ dare facere oportet formuliert war. Dies hat v. Savigny[6]) behauptet. Und Kipp[7]) hebt neuestens in konsequenter Weise hervor, daß

Majorität"), Girard, Droit romain [4] 614 [1–3], Dernburg-Biermann, Pandekten I [7] § 131 [6]. Vgl. auch Kappeyne v. d. Coppello, Abhandlungen z. röm. Staats- u. Privatrecht. Übersetzt von Conrat (Stuttgart 1885) S. 226.

[1]) Vgl. oben Bd. I 90 [2]. Mit Recht betonen Dernburg-Biermann, Pandekten I [7] § 131 [7], daß condictio 'certi' ein Pleonasmus ist. — [2]) Condictio incerti, Z. d. S.St. XVII 135—145. Anregung dazu hat schon gegeben Naber, Observ. de iure romano, Mnemosyne XX (1892) 103/104, 194 fg., 315 fg. Vgl. darüber Trampedach a. a. O. 135 [3]. — [3]) Pflüger, Condictio incerti, Z. d. S.St. XVIII 75 fg., H. Krüger, Z. d. S.St. XXI 422/423, Lenel, Édit I 177 [1]. 270, Mitteis, Condictio generalis, Jherings Jahrb. 39, 157 [2], v. Mayr, Condictio 202 [1] und Condictio incerti, Z. d. S.St. XXIV 268 fg. Vgl. unten § 15, III. — [4]) Vgl. H. Krüger a. a. O. 424 oben, Girard, Droit romain [4] 614 [1–3], v. Mayr a. a. O. Z. d. S.St. XXV 194 [5, 6]. — [5]) Trampedach a. a. O. 152, Lenel, Édit I 179 [3], v. Mayr, Condictio incerti, Z. d. S.St. XXV 188. 189. 194 [3, 4]. 211 [6–10]. — [6]) System V 605. 617. Ihm folgen Bruns, Besitzklagen 200 unten, Heimbach, Creditum 561/562, Voigt, Condictiones 287 [216], v. Keller-Wach, Röm. Zivilprozeß [6] § 77 [892], Brinz, Pandekten II [2] § 300 [66], Huschke, Darlehn 215 fg. — [7]) v. condictio in Pauly-Wissowa, Realencyclop. 857, 9 fg.

eine condictio incerti mit Rücksicht auf G. IV 41. 50 fg.[1]) nicht anders als mit einer unbestimmten intentio auf quidquid dare facere oportet formuliert sein konnte. Nichtsdestoweniger hat die herrschende Ansicht — wie auch wir glauben, mit Recht — sich gegen eine unbestimmte intentio der sog. condictio incerti ausgesprochen und nimmt an, daß das sog. incertum, d. h. das facere in der intentio der Formel angegeben war, woran sich die Kondemnation mit quanti ea res est anschloß, so daß z. B. die Formel der condictio possessionis lautete:

> Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio possessionem illius fundi, quo de agitur, tradere oportere, quanti ea res est Numerium Negidium Aulo Agerio condemna. Si non paret absolve.[2])

Ja, die herrschende Ansicht zögert nicht, selbst das 'quanti tu conducturus fuisses'[3]) und das 'quod ex pretio habes'[4]) in die intentio der Kondiktionsformel zu stellen.[5]) Und doch ist hiermit nicht die vom Beklagten „empfangene" Sache bezeichnet.[6])

Einige Autoren behaupten noch, daß die Formel der sog. condictio incerti eine demonstratio bzw. praescriptio gehabt habe[7]), während die herrschende Ansicht

---

[1]) Vgl. G. IV 131. 136. 137. — [2]) Bekker, Aktionen I 111 [34], Karlowa, Legisaktionen 240 und Röm. Rechtsg. II 710 Mitte, Baron, Condictionen 9. 225. 230. 231. 232 [21], Pernice, Labeo III 209 [3], Pfersche, Bereicherungsklagen 10, Girard, Droit romain [4] 614 [3], Trampedach a. a. O. 132, Kipp a. a. O. 856, 3 fg. (welcher für die condictio possessionis der herrschenden Ansicht folgt, aber konsequenterweise Zweifel ausspricht, ob die condictio possessionis überhaupt eine condictio incerti sei. Vgl. unten § 16, IV, 1), Stintzing a. a. O. 35/36, Lenel, Édit I 176. 178, v. Mayr a. a. O. Z. d. S.St. XXV 199 [6]. 228 [4]. 229, Dernburg-Biermann, Pandekten I [7] § 131 [8]. Trampedach, v. Mayr a. a. O. 199 [3] und Stintzing nehmen jedoch an, daß die Kondemnation lautete auf quanti ea res erit (vgl. unten § 16, I). Trampedach und v. Mayr nehmen ferner an, daß die intentio auf dare (nicht tradere) oportere ging. Vgl. darüber unten § 16, IV. — [3]) Cels. bei Ulp. 26 § 12 inf. D. 12, 6, Paul. 65 § 7 D. 12, 6. — [4]) Cels. bei Ulp. 26 § 12 D. 12, 6. — [5]) Bekker, Aktionen I 111 [34], Baron, Condictionen 230, Pfersche a. a. O. 10. — [6]) Vgl. oben S. 10. — [7]) im Sinne von G. IV 136. 137 (Ea res agatur quod

mit Recht sich ausdrücklich gegen jeder Art 'Anhängsel' auch bei der sog. condictio incerti ausspricht.[1]) Gegen die demonstratio bzw. praescriptio in der Formel der condictio auf certum haben sich schon v. Keller[2]) und Puchta[3]) ausgesprochen; heute wird eine demonstratio bzw. praescriptio für die Formel der condictio auf certum von niemandem mehr behauptet.[4])

Besteht nun kein Zweifel darüber, daß sowohl bei der condictio auf certum wie bei der condictio auf ein sog. incertum der Gegenstand der condictio in der intentio der Formel angegeben sein mußte, so werden wir zu untersuchen haben, welche Bedeutung es hatte, daß die condictio auf certum gerichtet sein mußte. Und weiter werden wir zu untersuchen haben, ob von dem Grundsatze, daß die condictio auf certum gerichtet werden mußte, Ausnahmen bestanden, ob also eine condictio auf incertum zulässig war. Damit verbinden sich dann die Fragen, welche Bedeutung dem certum wie dem incertum zukommt. Daran knüpft sich dann die weitere Frage, worin der Unterschied zwischen der condictio auf certum und der condictio auf ein sog. incertum bestand, beziehungsweise, da wir die Existenz der condictio incerti leugnen, wie man auf den Namen condictio incerti gekommen ist.

Trampedach[5]) nimmt in einer gründlichen Untersuchung an, daß die sog. condictio incerti auf einer „Dehnung" des certum beruhe. Ursprünglich gehe die condictio nur auf certum, d. h. auf dare oportere. Denn Trampedach verselbigt das certum mit dem dare oportere.[6]) Allmählich habe man das dare oportere auch auf Fälle ausgedehnt, in welchen streng genommen

....): v. Savigny, System V 617, Voigt, Condictiones 287 [16], v. Keller-Wach, Röm. Zivilpr. [6] § 40 S. 199.

[1]) Bekker, Aktionen I 111 [34], Karlowa, Legisaktionen 237 fg., Baron, Condictionen 231, Pernice, Labeo III 209 [3], Lenel, Édit I 177. 178. — [2]) Litiscontestation 247. — [3]) Institutionen I [10] § 165 [kk], § 167 [c]. — [4]) Vgl. Baron, Condictionen 23. — [5]) Condictio incerti, Z. d. S. St. XVII 97 fg. Ausführlicher darüber unten § 16, I. — [6]) So auch Girard, Droit romain [4] 614.

nicht von dare oportere, sondern von facere oportere die Rede ist. Diese durch „Dehnung" des dare oportere und, was dasselbe ist, durch Dehnung des certum entstandenen Kondiktionsfälle (condictiones possessionis, impensarum, habitationis, operarum, servitutis, cautionis, obligationis, liberationis) seien das Gebiet der condictio incerti. Freilich fragt mit Recht Trampedach[1]), worin dann die Formel der condictio incerti sich von derjenigen der condictio certi unterschieden habe, worauf die Antwort gegeben wird, daß es „in klassischer Zeit einen Unterschied zwischen der sog. condictio incerti und der condictio von certa res überhaupt nicht gab". Man sollte meinen, daß bei dieser Sachlage Trampedach die sog. condictio incerti überhaupt leugne. Dennoch tut er dies nicht. Die „Dehnung" des dare oportere bzw. des certum scheint ihm genügend zu sein, um diese durch jene „Dehnung" entstandenen Kondiktionsfälle unter einem gemeinsamen Nenner zusammenzuhalten.

v. Mayr[2]) folgt in einer neuesten Abhandlung dem wesentlichen Gedankengange bei Trampedach. Jedoch meint v. Mayr[3]), daß auf dem von Trampedach gewiesenen Wege sich nur die condictiones possessionis, habitationis, operarum, servitutis, impensarum, cautionis erklären lassen. Damit sei die höchste Spannkraft der condictio certi erreicht. Eine „Dehnung" des certum auch für die condictio obligationis dürfe nicht angenommen werden, „denn das reine facere, auf das hier der Anspruch gerichtet ist, läßt sich als ein zweifelloses incertum durch keine Denkfigur beseitigen".[4]) Daher nimmt v. Mayr an, daß in diesen Fällen die condictio incerti für die actio incerti interpoliert sei, wovon aber für die Auffassung Ulpians eine Ausnahme gelte.[5])

Wir glauben, daß in der Auffassung bei Trampedach und teilweise bei v. Mayr insofern ein Fortschritt enthalten ist, als ausdrücklich anerkannt wird, daß im klassischen

---

[1]) a. a. O. 134. 135. — [2]) Condictio incerti, Z. d. S.St. XXIV (1903) 258 fg. und XXV (1904) 188 fg. Ausführlicher darüber unten § 16, II. — [3]) a. a. O. XXV 194 fg. — [4]) a. a. O. XXV 203. — [5]) a. a. O. XXV 203 fg.

Rechte ein Unterschied zwischen der condictio certi und der sog. condictio incerti nicht bestand. Dagegen glauben wir nicht, daß in den Fällen der sog. condictio incerti die Formel der condictio auf dare oportere ging infolge einer „Dehnung“ der Bedeutung von dare. Ferner glauben wir nicht, daß in den Fällen der sog. condictio incerti die condictio als auf certum gerichtet galt nur vermöge einer „Dehnung“ des certum. Vielmehr behaupten wir, daß die condictio auf dare oportere keineswegs mit der condictio auf certum zu verselbigen ist, und ebenso nicht zu identifizieren ist die condictio auf facere oportere mit der condictio auf incertum. Dagegen behaupten wir, daß in den Fällen der sog. condictio incerti die condictio auf facere oportere ging. Ferner behaupten wir, daß die condictio auf facere oportere ebensogut als condictio auf certum galt wie die condictio auf certa res. Einer „Dehnung“ des certum bedurfte es somit nicht, um die Fälle der sog. condictio incerti als Fälle einer condictio auf certum erscheinen zu lassen. Der von den Kompilatoren geschaffene Name condictio incerti erklärt sich daraus, daß in den Fällen der condictio auf facere oportere der 'Sachwert' des facere mit dem 'Interesse' des Klägers identisch ist, wodurch die condictio als „Interesseklage“ scheinbar den Anstrich einer Klage auf incertum erhält.[1]) Dagegen müssen wir uns entschieden gegen den Teil der Ausführungen bei v. Mayr aussprechen, wonach in den Fällen der condictio obligationis die condictio incerti der Kompilatoren für die actio incerti des klassischen Rechtes interpoliert sei.[2])

Im Gegensatz zu den beiden zuletzt genannten Autoren leugnet in zwei geistreich geschriebenen Abhandlungen Pflüger[3]) die Existenz der sog. condictio incerti, indem

---

[1]) Vgl. die Ausführungen unten § 16, IV, 1—7, namentlich 1. — [2]) Vgl. die Ausführungen unten § 16, II. — [3]) Condictio incerti, Z. d. S.St. XVIII 75 fg. und Ciceros Rede pro Q. Roscio comoedo, rechtlich beleuchtet und verwertet (1904) S. 1 fg. Ausführlicher darüber unten § 16, III.

er annimmt, daß die condictio stets nur auf ein certum gerichtet werden konnte. In den Fällen der sog. condictio incerti nimmt Pflüger zahlreiche Interpolationen an, teils meint er, daß hier die von ihm so genannte quasicondictio eingegriffen habe, für welche charakteristisch sei, daß sie auf die ganze dem Beklagten vom Kläger gegebene Sache gerichtet werde, wodurch der Beklagte mittelbar zur Leistung des incertum angehalten sei. Stimmen wir nun auch der Auffassung Pflügers zu, daß die condictio stets auf ein certum gerichtet war, so vermögen wir doch nicht der Durchführung dieses Gedankens, wie sie Pflüger vornimmt, zu folgen. Insbesondere billigen wir nicht die von Pflüger so genannte quasi-condictio. Im Resultate pflichten wir somit der ablehnenden Stellungnahme H. Krügers[1]) gegen Pflüger bei.

III. Wir haben somit eine Untersuchung darüber anzustellen, ob die intentio der condictio auf ein certum gerichtet werden mußte oder nicht.[2]) Gelangen wir aber zu dem Resultat, daß die intentio der Kondiktionsformel stets auf ein certum gerichtet ist, so müssen wir weiter fragen, welche Bedeutung dem zukommt, daß die condictio stets auf ein certum gerichtet ist. Sicherlich kommt damit zum Ausdruck, was auch die herrschende Ansicht hervorhebt, daß die condictio zu einem strictum iudicium führt.[3]) Aber wir müssen weiter fragen, was das certum selbst bedeutet. Welche charakteristischen Eigenschaften muß der Gegenstand einer Klage haben, damit von ihm gesagt werden könne, daß er ein certum sei? Zur Beantwortung dieser Frage werden wir natürlich auf die Unterscheidung zwischen stipulationes certae und stipulationes incertae hingedrängt, von denen uns fr. 74. 75 D. 45, 1 ausführlich berichten. Es wird uns nun gesagt (75 § 7 D. 45, 1), daß die stipulatio auf facere eine stipulatio auf ein incertum sei. Daraus möchte man geneigt sein zu schließen, daß die stipulatio auf dare eine stipulatio auf certum sei. Die weitere

[1]) Z. d. S.St. XXI 423 fg. — [2]) unten § 15. — [3]) Vgl. oben S. 8[2].

Schlußforderung für die condictio würde sich dann von selbst ergeben. Da wir von der Kondiktionsformel wissen, daß sie auf dare oportere ging, so passen scheinbar die Untersuchungen über das certum und incertum bei der Stipulation vortrefflich mit dem certum bei der condictio. Die condictio auf dare oportere sei eine condictio auf certum, die condictio auf facere oportere sei eine condictio auf incertum. Da nun die condictio auf facere oportere als erwiesen angesehn werden muß[1]), so sei damit auch die Existenz der condictio incerti erwiesen. Dabei könne es nicht ins Gewicht fallen, daß der Name condictio incerti nicht dem klassischen Rechte angehöre, da die Zusätze certum und incertum überhaupt Interpolationen der Kompilatoren sind.[2]) Wenn also auch formell die condictio incerti nicht als Bestandteil des klassischen Rechtes betrachtet werden dürfe, so sei doch die materielle Existenz der condictio incerti im klassischen Rechte erwiesen, da wir eine condictio auf facere oportere im klassischen Rechte zweifellos anerkennen müssen.

Nach der herrschenden Ansicht ist somit die condictio dare oportere eine condictio certi, die condictio facere oportere ist eine condictio incerti: das dare oportere wird mit dem certum, das facere oportere mit dem incertum verselbigt.[3]) Auf diesem Wege gelangt die herrschende Ansicht zur Existenzannahme der condictio incerti.[4]) Damit wäre dann zugleich der Beweis geliefert, daß die intentio der Kondiktionsformel nicht stets auf ein certum gehe. Hier wird man stutzen. Denn wenn die condictio auch auf ein incertum gehn kann, dann muß doch die intentio dieser condictio eine unbe-

---

[1]) Vgl. unten § 16, IV, 7. — [2]) Vgl. oben S. 16 [1–4]. — [3]) Pernice, Labeo III 205 [4], Trampedach a. a. O. Z. d. S.St. XVII 114 fg., v. Mayr, Condictio incerti, Z. d. S.St. XXV 199 fg. (unten § 16, II). Vgl. auch Girard, Droit romain [4] 445 [1]. 614 [1–3]. — [4]) Recht präzise formuliert diesen Standpunkt der herrschenden Ansicht H. Krüger, Z. d. S.St. XXI 424 fg., indem er das Resultat dieses Standpunktes vorausschickt mit den Worten: „Es ist m. E. ein vergebliches Bemühen, die klassische Jurisprudenz von der condictio incerti zu entlasten." Vgl. oben S. 16 [1–4].

stimmte intentio mit der Formelfassung quidquid ob eam rem $N^m$ $N^m$ $A^o$ $A^o$ dare facere oportet gewesen sein, wobei man noch weiter streiten kann, ob die Formel eine praescriptio bzw. demonstratio gehabt habe oder nicht. Mit großer Schärfe hat auf diese Konsequenz aus der herrschenden Ansicht Kipp[1]) hingewiesen. Und dennoch nimmt die herrschende Ansicht — wie auch wir — an, daß die Formel der condictio niemals eine unbestimmte intentio haben konnte.[2]) Ist dem aber so, dann muß wohl die ganze Deduktion der herrschenden Ansicht über die Bedeutung des certum bei der condictio nach Maßgabe der Bedeutung des certum bzw. incertum bei den stipulationes certae und stipulationes incertae eine falsche sein. Und dies behaupten wir. Der Verdacht gegen die Klassizität der Einteilung in stipulationes certae und stipulationes incertae ist in der Literatur schon ausgesprochen worden.[3]) Wir glauben, daß diese Einteilung erst unter dem Einflusse der condictio stattgefunden habe. Es muß doch von vorneherein auffallen, warum das dare oportere stets ein certum sein soll, dagegen das facere oportere ein incertum. Man darf nicht damit argumentieren, daß das facere noch einer Schätzung bedarf, und das facere deswegen als incertum gelte. Denn auch die certa res bedarf in der condemnatio einer Schätzung auf Grund des quanti ea res est der Formel, weshalb die condemnatio der condictio certae rei eine condemnatio incerta[4]) ist. Und dennoch gilt die condictio auf certa res nicht als condictio auf incertum, sondern als condictio auf certum.[5])

Certum kann doch nur das heißen, was sicher bestimmt ist. Sicher bestimmt kann aber ein facere ebensogut sein wie ein dare. Und umgekehrt, es kann doch das dare einer unbestimmten Sache vorliegen, wo wir dann ein incertum vor uns haben. In der Definition des certum bei Ulp. 75 pr. D. 45, 1 wird auch deutlich hervorgehoben, daß ein certum da vorliege, wo nach den drei Richtungen des quid quale

---

[1]) v. condictio in Pauly-Wissowa, Realencyclop. 857, 9 fg. — [2]) Lenel, Édit I 176 fg. Vgl. oben S. 17 [1. 2]. — [3]) Siehe unten § 15, VII. — [4]) G. IV 51. — [5]) G. IV 33.

quantum der Gegenstand sicher bestimmt sei, während ein incertum überall da vorliege, wo dies nicht der Fall sei. Wie kam man nun darauf, jedes facere als incertum zu bezeichnen? Daß es nicht richtig ist, jedes dare für certum, dagegen jedes facere für incertum zu halten, beweist, daß uns ausdrücklich bezeugt ist, daß auch das dare ein incertum sein kann.[1]) Das facere mit dem incertum zu verselbigen, war eine Konsequenz der Anerkennung der condictio auf facere oportere. Diese Konsequenz hat man erst in nachklassischer Zeit gezogen, wobei folgende Erwägungen vielleicht leitend gewesen sind.[2]) Die condictio ermöglicht als strictum iudicium nur eine Verurteilung auf den Sachwert des in der intentio der Formel angegebenen Gegenstandes. Geht nun die condictio auf facere oportere, so erfolgt die Kondemnation auf den Sachwert des facere. Der Sachwert des facere ist aber identisch mit dem „Interesse" des Klägers. Es scheint, daß diese Entwickelung sich zuerst bei der condictio possessionis vollzogen hat.[3]) Im Resultat folgt daraus, daß die condictio auf facere eine Kondemnation auf das „Interesse" des Klägers zur Folge hat. Geht aber die Kondemnation der condictio facere oportere auf das „Interesse", so macht dies den Eindruck, als ob die condictio auf ein incertum gerichtet sei. Denn einerseits ist die Interesseleistung sicher ein incertum.[4]) Andererseits mußte ja die intentio der condictio den Gegenstand der Klage enthalten.[5]) Ohne Anhalt in der intentio konnte der iudex auf Grund des quanti ea res est der Formel das „Interesse" dem Kläger nicht zusprechen; denn wegen der Natur der condictio als strictum iudicium konnte das quanti ea res est nur den Sachwert des in der intentio der Formel angegebenen Gegenstandes umfassen. Erfolgt nun in den Fällen der sog. condictio incerti eine Verurteilung des Beklagten auf das „Interesse" des Klägers, so muß dies die Anschauung her-

---

[1]) Ulp. 75 § 6 D. 45, 1 (unten § 15, VII gegen Ende). — [2]) Vgl. die Ausführungen unten § 16, IV, 1—7. — [3]) Vgl. unten § 16, IV, 1. — [4]) Paul. 68 D. 45, 1. — [5]) Vgl. oben S. 14. 15.

vorrufen, als ob die intentio der condictio in diesen Fällen auf ein incertum gerichtet wäre. Freilich war mit der Kondemnation auf das Interesse des Klägers in den Fällen der condictio facere oportere keine Ausnahme von dem Grundsatze statuiert, wonach die Kondemnation der condictio nur auf den Sachwert des in der intentio angegebenen Gegenstandes gehn könne: denn der Sachwert bestand hier in dem „Interesse" des Klägers. Und daher hat man wohl in klassischer Zeit nicht der Anschauung gehuldigt, als ob in der condictio auf facere oportere eine condictio auf incertum vorliege. Aber es läßt sich erklären, wie man bei weniger präziser Auffassung in nachklassischer Zeit dazu gekommen ist, in der condictio auf facere eine condictio auf incertum zu erblicken. Daraus folgt dann, daß wir für das klassische Recht eine condictio incerti nicht anzunehmen haben. Nur mit der ausgeführten, von uns vertretenen Auffassung läßt sich Ulp. 24 D. 12, 1 vereinigen, wonach die Klage bei Stipulation auf certum die condictio ist, dagegen die Klage bei Stipulation auf incertum die actio ex stipulatu. Denn wir haben gesehn, daß die Stipulation auf dare oportere sehr wohl eine Stipulation auf incertum sein kann.[1]) Wäre für das certum entscheidend, daß die Klage auf dare oportere ging[2]), für das incertum dagegen, daß die Klage auf facere oportere ging, dann müßte die Klage auf dare oportere eines incertum die condictio auf certum sein. Und doch ist ausdrücklich gesagt, daß das dare oportere eines incertum als incertum gilt.[3]) Die Klage aus einer Stipulation auf incertum ist aber nicht die condictio, sondern die actio ex stipulatu, wie Ulp. 24 D. 12, 1 beweist.[4]) Dagegen wollen wir uns nicht auf dieses Fragment (24 D. 12, 1) berufen, um die Nichtexistenz der sog. condictio incerti zu erweisen: denn die actio ex stipulatu konnte anerkannt sein, ehe man die sog. condictio incerti

[1]) Ulp. 75 § 6 D. 45, 1. — [2]) Die Formulierung der Stipulation entsprach der Formulierung der Klage. G. IV 53 inf. — [3]) Ulp. 75 § 6 D. 45, 1 (unten § 16, IV, 1). — [4]) Manche Autoren wollen daher auch die actio ex stipulatu zu den Kondiktionen rechnen. Vgl. unten § 15, I.

ausbildete. Damit würde sich die Frage erledigen, warum man für die Klage aus einer Stipulation auf incertum zur actio ex stipulatu und nicht zur condictio incerti griff. Wir glauben, daß andere Argumente in genügender Weise gegen die Existenz der sog. condictio incerti im klassischen Rechte sprechen. Streng auseinanderhalten müssen wir aber die Frage, ob es eine condictio auf facere oportere gibt, und die Frage, ob eine condictio auf incertum anerkannt ist. Wir haben schon hervorgehoben, daß die condictio auf facere oportere keineswegs mit der condictio auf incertum zu verselbigen ist. Eine condictio auf facere oportere erkennen wir an; dagegen leugnen wir die condictio auf incertum.

IV. Die Untersuchung der einzelnen Fälle der sog. condictio incerti[1]) gibt uns eine Erklärung für die nachklassische Entstehung des Namens condictio incerti im Gegensatz zur condictio auf certum. Es handelt sich in klassischer Zeit nicht um den Gegensatz zwischen certum und incertum, sondern ausschließlich um den Gegensatz zwischen dare oportere und facere oportere. Was das certum betrifft, so kann die condictio immer nur auf ein certum und niemals auf ein incertum gerichtet sein. Die Untersuchung der einzelnen Fälle der sog. condictio incerti nähert uns aber auch der Lösung unserer Hauptfrage, in welcher Weise prozessualisch der Gegenstand der condictio bestimmt wurde. In den Fällen der sog. condictio incerti kommt besonders häufig die indirekte Ausdrucksweise vor (condicere ut possessio redderetur, ut cautio interponatur etc.), welche aber auch bei der condictio auf certum sich findet.[2]) Diese indirekte Ausdrucksweise deutet darauf hin, daß der Gegenstand der condictio in einem Verfahren erst festgestellt wurde. Da nun der Kläger in der intentio der Formel den Gegenstand der condictio zur Litiskontestation stellen mußte, da andererseits die indirekte Ausdrucksweise auf ein Verfahren zwecks Feststellung des Gegenstandes der condictio hindeutet, so werden wir dazu geführt, ein Verfahren

---

[1]) unten § 16, IV, 1—7. — [2]) unten § 16, IV, 1.

(arbitrium) in iure anzunehmen, dessen Aufgabe es war, den Gegenstand der condictio zu bestimmen. Die Nachrichten über die sog. condictio incerti treffen mit einer solchen Auffassung zusammen, wenn auch darin noch nicht ein voller Beweis erblickt werden kann.

V. Die Frage, in welcher Weise der Gegenstand der condictio prozessualisch bestimmt wurde, hat unabhängig von der materiellen Bestimmung des Gegenstandes der condictio nur Baron[1]) gestellt. Freilich hat sich Baron dadurch verleiten lassen, der condictio jede materielle Grundlage abzusprechen.[2]) Aber auch der Lösung, welche Baron für die prozessualische Bestimmung des Gegenstandes der condictio gibt, vermögen wir nicht zuzustimmen. Baron geht davon aus, daß die condictio certi nur die condictio auf certa pecunia sei[3]), während die condictio auf certa res die condictio triticaria vorstelle.[4]) Gegen diese Auffassung spricht schon G. IV 33, woraus deutlich hervorgeht, daß die condictio certi sowohl die condictio auf certa pecunia wie die condictio auf certa res umfaßt, was auch heute überwiegend anerkannt wird.[5]) Weiter nimmt Baron[6]) an, daß die condictio eine abstrakte Klage ist, worin ihm heute allgemein zugestimmt wird.[7]) Aus der Abstraktheit der Kondiktionsformel schließt nun Baron[8]) weiter, daß die condictio lediglich ein prozessualisches Institut sei, und daß jeder persönliche zivile Anspruch aus einem beliebigen Rechtsgrunde mit der condictio geltend gemacht werden könne, sofern nur der Kläger sich der Aufgabe unterzieht, seinen Anspruch in bestimmter Weise (als certum) anzugeben. Baron[9]) führt dies nur für die condictio auf certa pecunia, welche allein er condictio certi nennt, aus.[10]) Aber es muß Baron dies auch für die condictio auf certa

---

[1]) Condictionen 1 fg. — [2]) Vgl. oben Bd. I 14 [11]. — [3]) a. a. O. 88. Certum habe eine doppelte Bedeutung: 1. von certa pecunia, 2. von etwas Bestimmtem. So auch Pfersche, Bereicherungsklagen 37 [1]. — [4]) a. a. O. 117. 126. 129/130. 181. Ebenso Pfersche, a. a. O. 11 (§ 2). 14. — [5]) Vgl. unten § 15, V. — [6]) a. a. O. 2. 21. 22. 32. 34. — [7]) Vgl. unten § 15, I. — [8]) a. a. O. 1. 45. 100. 122/123. 198. — [9]) a. a. O. 88. 89 [2]. 92. 95. 202. — [10]) Dies bemerkt auch Kipp, v. condictio in Pauly-Wissowa, Realencyclop. 851, 32 fg.

res, welche er condictio triticaria nennt, gelten lassen, da er einen diesbezüglichen Unterschied der condictio triticaria von der condictio certi nicht hervorhebt.[1]) Denn nach Baron kann die condictio zur Geltendmachung eines jeden beliebigen persönlichen zivilen Anspruches verwendet werden. Dies ist aber nur möglich, wenn der Kläger sowohl eine bestimmte Geldsumme wie eine bestimmte Sache fordern darf. Daraus folgt, daß der Kläger den Gegenstand seines Anspruches durch Selbstschätzung bestimme, sei es, daß er eine bestimmte Geldsumme oder eine bestimmte Sache als den Gegenstand seines Anspruches bezeichnet.[2]) Der Kläger gibt somit auf Grund eigener Schätzung an, eine wie große Geldsumme bzw. welche bestimmte Sache er von dem Beklagten fordert. In dem letzteren Falle kann aber der Kläger die Sache sogleich in Geld abschätzen. Dies ändert natürlich nichts an der Tatsache, daß der Kläger die betreffende Sache durch Selbstschätzung zum Gegenstand der condictio gemacht hat.

Daß aus der abstrakten Kondiktionsformel nicht folgt, daß die condictio eine materielle Grundlage nicht gehabt habe und nur ein prozessualisches Institut gewesen sei, ergibt sich daraus, daß die römischen Juristen ausführlich die materielle Grundlage der verschiedenen Kondiktionsfälle (condictiones indebiti, causa data causa non secuta, sine causa etc.) ausführlich erörtern.[3]) Daß aber die allgemeine Konkurrenzcondictio (9 pr. D. 12, 1) nicht für die Baronsche Auffassung spricht, ist mit der Erweisung dieser Konkurrenzcondictio als einer Interpolation der Kompilatoren dargetan.[4]) Baron[5]) leugnet nicht, daß die condictio zur Realisierung des Bereicherungsanspruches verwendet werden konnte, ja er meint sogar, daß die condictio die „geborene Bereicherungsklage“ sei.[6]) Aber Baron bestreitet, daß die condictio in sich die Voraussetzungen einer Bereicherungsklage gehabt habe.[7]) Viel-

---

[1]) Vgl. a. a. O. 126. 129/130. 181. — [2]) a. a. O. 18 [18]. 19 [19. 20]. 21 unten, 88 fg. 92. 95. — [3]) Vgl. unten § 15, I. — [4]) Vgl. oben S. 4 [1]. — [5]) a. a. O. 6. 7. 11. 99. — [6]) a. a. O. 6. — [7]) a. a. O. 74: „Endlich be-

mehr werde die condictio zur Bereicherungsklage erst im Verfahren in iudicio.[1]) Die condictio als actio sei ausschließlich eine Klagform zur Geltendmachung jedes beliebigen zivilen persönlichen Anspruches, sofern nur der Kläger seinen Anspruch auf eine bestimmte Geldsumme (certa pecunia, condictio certi im Baronschen Sinne) oder auf eine bestimmte Sache (certa res, condictio triticaria im Baronschen Sinne) richte. Sache des iudex sei es, zu untersuchen, ob der vom Kläger auf ein certum gerichtete Anspruch berechtigt sei: sei es, daß ein sonstiger Verpflichtungsgrund oder eine unrechtmäßige Bereicherung vorliege. So hätte sich im Verfahren in iudicio die Bereicherungsklage ausgebildet. Die condictio sei schlichte abstrakte zivile Klage auf Leistung eines certum.[2])

Neben der condictio auf certum anerkennt Baron[3]) die condictio incerti. Diese unterscheide sich von der condictio auf certum lediglich dadurch, daß der Gegenstand der Klage nicht als certum in der intentio der Formel angegeben sei, sondern als incertum.[4]) Daher könne die condictio incerti sowohl auf dare oportere, wie auf facere oportere gehn.[5]) Im übrigen sei die condictio incerti von der condictio auf certum wesentlich nicht verschieden. Auch die condictio incerti sei lediglich ein prozessualisches Institut ohne materielle Grundlage, wenn auch der Umfang des Anwendungsgebietes der condictio incerti nicht so weit sei wie der Umfang des Anwendungsgebietes der condictio auf certum.[6]) Die condictio incerti war anwendbar in allen Fällen, wo der Kläger nur in unbestimmter Weise (als incertum) seinen Anspruch angeben konnte und „zur Geltendmachung einer vorhandenen zivilen Obligation eine zivile

---

tone ich, daß die römische Überlieferung nichts von einer Bereicherungsklage weiß."

[1]) a. a. O. 11. Vgl. unten § 15, I. — [2]) Vgl. die Ausführungen unten § 15, I. — [3]) a. a. O. 9. 219 fg. — [4]) a. a. O. 9. — [5]) a. a. O. 230. 231. — [6]) a. a. O. 219 fg. Insbesondere könne die condictio incerti nicht verwendet werden „als Klage für Erfüllung von Kontrakten" (S. 220, vgl. auch S. 8 [10]). Darin liege der wesentliche Unterschied zwischen der condictio incerti und der actio incerti. Vgl. darüber unten § 16, II.

Klage fehlt oder doch im Anfang der klassischen Jurisprudenz gefehlt hat." [1]) Gegen diese Auffassung der condictio incerti spricht, daß die Quellen doch mit ziemlicher Deutlichkeit von einer sog. condictio incerti nur in den Fällen sprechen, in denen der Anspruch des Klägers auf ein facere oportere gerichtet ist [2]), während das Ursprüngliche der condictio ist, daß sie auf dare oportere geht. [3]) Gerade dieser Umstand hat sogar die herrschende Ansicht veranlaßt, die condictio dare oportere mit der condictio certi, dagegen die condictio facere oportere mit der condictio incerti zu verselbigen. [4]) Wenn wir auch dieser Verselbigung nicht zustimmen können [5]), so meinen wir doch nicht, daß die sog. condictio incerti sich aus der Baronschen Auffassung erkläre. Vielmehr ist die condictio im klassischen Rechte ein einheitliches Institut auch in prozessualischer Beziehung. Im klassischen Rechte gibt es weder eine condictio certi noch eine condictio incerti. Aber die condictio geht in allen Fällen auf certum. Eine andere Frage ist es, daß in der weiteren Entwickelung (etwa seit Aristo) die condictio auf facere oportere anerkannt war, während das Ursprüngliche und Charakteristische die condictio auf dare oportere ist. Der Name condictio incerti erklärt sich daraus, daß in den Fällen der condictio facere oportere die Kondemnation auf das „Interesse" geht, was den Gedanken hervorrufen muß, als ob in diesen Fällen die condictio auf ein incertum gehe. Tatsächlich ist die condictio facere oportere ebenso eine condictio auf certum, wie die condictio dare oportere. [6]) Was aber die prozessualische Bestimmung des Gegenstandes der condictio betrifft, so steht und fällt die Baronsche Auffassung mit dem Selbstschätzungsrecht des Klägers. [7])

---

[1]) a. a. O. 224 oben. — [2]) Dies bemerkt schon Pernice, Labeo III 205 [4]. Vgl. auch Girard, Droit romain [4] 614 [1–3]. — [3]) Vgl. unten § 15, IV. — [4]) Vgl. oben S. 22 [3]. — [5]) Vgl. unten § 15, IV und § 21. — [6]) Vgl. die Ausführungen unten § 17, I. — [7]) Der Gedanke von dem Selbstschätzungsrecht des Klägers findet sich schon ausgesprochen bei Unterholzner, Schuldverhältnisse I 339. Vgl. Baron a. a. O. 18 [18] — 19 [20], 21 unten. Dagegen haben sich ausgesprochen

Mit trefflichen Argumenten hat nun neuestens Kipp[1]) die dogmatische Unhaltbarkeit des klägerischen Selbstschätzungsrechtes dargetan, und v. Mayr[2]) betont mit Recht, daß mit dem Nachweis der Interpolation der Konkurrenzcondictio (9 D. 12, 1)[3]) auch das Selbstschätzungsrecht des Klägers falle. Pernice[4]) räumt zwar dem Kläger ein Selbstschätzungsrecht in gewissen Fällen ein, aber nicht in dem von Baron behaupteten Sinne, wonach der Gegenstand der condictio durch Selbstschätzung des Klägers bestimmt wird. Vielmehr nimmt Pernice ein Selbstschätzungsrecht des Klägers nur dann und nur in dem Sinne an, als es dem Kläger gestattet ist, die Klage statt auf die Sache, sofort auf die vom Kläger selbst bestimmte Schätzungssumme zu richten.[5]) Denn als Gegenstand der condictio gilt bei

---

schon Puchta, Institutionen I[10] § 165[kk] und v. Savigny, System V 580[a], 583.

[1]) v. condictio in Pauly-Wissowa, Realencyclop. 851, 32 fg. — [2]) Condictio incerti, Z. d. S. St. XXV 275[3. 4]. — [3]) Vgl. oben S. 4[1]. — [4]) Sog. Realverbalcontract, Parerga IV, Z. d. S. St. XIII 250[3]. 252 oben, und Labeo II[2], 2 S. 103 oben. — [5]) So auch schon Pfersche, Bereicherungsklagen 14. 27[2] („Allein es ist nicht zu vergessen, daß die condictio certi [sc. im Baronschen Sinne, oben S. 27[2]] auf Grund der Selbstschätzung des Klägers in allen Kondiktionsfällen zulässig war"). Dies bezieht sich nur auf die Kondiktionsfälle über certa res. Pfersche spricht von der sog. condictio incerti, welche ihm als Unterart der condictio triticaria erscheint. Vgl. 26[1]. Denn Pfersche 12. 14 steht auf dem Standpunkt der herrschenden Ansicht, wonach Gegenstand der condictio die vom Beklagten empfangene Sache ist. Vgl. oben S. 1. Das Selbstschätzungsrecht des Klägers hat also nur die Rolle, als bei condictio certae rei der Kläger den Wert der Sache selbst schätzen kann; die Sache selbst kann er durch Selbstschätzung nicht bestimmen, da die Sache schon bestimmt ist durch das vom Beklagten Empfangene. Daher kann Pfersche bei der condictio certi [d. i. der condictio certae pecuniae] vom Selbstschätzungsrecht des Klägers nicht sprechen; denn die Höhe der vom Kläger eingeklagten Geldsumme wird nicht durch die Selbstschätzung des Klägers bestimmt, sondern ist schon bestimmt durch die vom Beklagten empfangene Geldsumme). Pfersche 28 fg. meint daher, daß „bei Ansprüchen, welche nicht auf eine bestimmte Geldsumme gehn", die condictio certi (= certae pecuniae) allgemein angewendet werden konnte, sofern der Kläger eine Selbstschätzung des von ihm geforderten Gegenstandes vornahm. Damit würde die

Pernice die vom Beklagten empfangene Sache.[1]) Nach Pernice kann somit bei der condictio certae rei die Schätzung der Kondemnationssumme entweder in iudicio auf Grund des quanti ea res est der Formel erfolgen, oder es kann der Kläger die Kondemnationssumme durch Selbstschätzung fixieren und nunmehr die condictio als condictio certae pecuniae auf die Schätzungssumme richten.

So vermögen wir nicht der Baronschen Auffassung zu folgen, wonach der Gegenstand der condictio prozessualisch durch Selbstschätzung des Klägers bestimmt werde.[2])

VI. Akzeptieren wir nicht die Baronsche Auffassung für die prozessualische Bestimmung des Gegenstandes der condictio, so werden wir andererseits durch die bei der condictio vorkommende indirekte Ausdrucksweise auf die Annahme eines Verfahrens (arbitrium) in iure hingedrängt[3]), dessen Aufgabe es war, prozessualisch den Gegenstand der condictio zu bestimmen. Unsere Aufgabe wird es sein, für diese Annahme eines arbitrium in iure direkte Beweise anzuführen.[4]) Schon hier wollen wir aber bemerken, daß unsere Auffassung keineswegs zu einer Konsequenz führt, welche uns etwa im Resultate der Baronschen Ansicht nähern würde. Man könnte nämlich folgendermaßen schließen. Da wir annehmen, daß der Gegenstand der condictio prozessualisch durch ein arbitrium

---

condictio certi (= certae pecuniae) allerdings den Charakter einer allgemeinen Konkurrenzklage zwar nicht mit Kontraktsklagen, wohl aber allgemeinen Konkurrenzklage mit der condictio certae rei und der sog. condictio incerti annehmen. Pfersche 28 erblickt in dieser Rolle der condictio certi eine „anormale Anwendung", welche ihrer „eigentlichen Natur" nicht entspreche. Daß nichtsdestoweniger die condictio certi diese Rolle hatte, ergebe sich namentlich aus Aussprüchen der Scholiasten, welche dem Kläger das Selbstschätzungsrecht in dem angegebenen Sinne ausdrücklich einräumen und ihn so in die Lage versetzen, in allen Kondiktionsfällen den Anspruch auf eine von ihm durch Selbstschätzung bestimmte Geldsumme zu richten. Vgl. hierüber die Ausführungen unten § 17, I.

[1]) Vgl. oben S. 1. 11 [2]. Ebenso Pfersche a. a. O. 12. 14. — [2]) Vgl. die Ausführungen unten § 17, I. — [3]) Vgl. oben S. 26 f. — [4]) Vgl. unten § 17, II.

in iure festgestellt werde, so folge daraus, daß die condictio selbst die persönliche Klage aus jedem beliebigen Anspruche sei, sofern nur der Gegenstand dieses Anspruches durch arbitrium in iure festgestellt werde. Gegen diese Konsequenz müssen wir uns verwahren. Sowenig wir auch von den Anfängen der condictio wissen, soviel dürfen wir annehmen, daß die condictio als ein besonders geartetes Prozeßverfahren eingeführt wurde.[1]) Das Charakteristische des Kondiktionsverfahrens erblicken wir darin, daß der Gegenstand des klägerischen Anspruches durch arbitrium in iure festgestellt wurde, wie dies Cicero in seiner Rede pro Q. Roscio comoedo mit deutlichen Worten ausspricht. Das arbitrium in iure ist also ein integraler Bestandteil der condictio. In dem arbitrium in iure wird der Gegenstand der condictio, d. h. die unrechtmäßige Vermögensvermehrung auf seiten des Beklagten festgestellt. Darin liegt zugleich eine Untersuchung über die materielle Grundlage der condictio. Und damit ist auch erwiesen, daß die condictio eine materielle Grundlage hatte und daß sie „Bereicherungsklage" war.

## § 15.

## Die intentio der Kondiktionsformel ist stets auf ein certum gerichtet.

I. Als gesichertes Resultat der bisherigen Forschungen dürfen wir annehmen, daß die intentio der Kondiktionsformel die causa nicht enthielt, daß somit die condictio eine abstrakte Klage war. Den Nachweis für diese Auffassung hat Baron[2]) erbracht, worin ihm heute schlechtweg zugestimmt wird.[3])

---

[1]) Vgl. unten § 15, II. — [2]) Condictionen 1 fg., 21 fg., 32 fg. — [3]) Vgl. Bekker, Aktionen I 111[34] und dazu Baron a. a. O. 24[32], Pfersche, Bereicherungsklagen 6 fg., Pernice, Labeo II[1], 266[10] und Sog. Realverbalkontrakt (Parerga IV), Z. d. S. St. XIII 274 und Labeo III 212[2], Girard, Nouv. Revue hist. XIX (1895) S. 410[2] und Droit romain[4] 608[3], Lenel, Édit I 273[7], Kipp, v. condictio in Pauly-Wissowa, Realencyclop. 849, 48, v. Mayr, Condictio 200 fg. und Con-

Dagegen wird mit Recht heute die Konsequenz verworfen[1]), welche Baron[2]) aus der Abstraktheit der Kondiktionsformel zieht, und welche dahin geht, daß die condictio nicht dem materiellen Rechte, sondern ausschließlich dem Prozeßrechte angehört.[3]) Baron meint, daß im klassischen Rechte lediglich die Einteilung der Kondiktionen nach dem Gegenstande der Klage (condictio certi, triticaria, incerti) bekannt war.[4])

Gegen die Baronsche Konsequenz spricht, daß zweifellos schon bei den klassischen Juristen eine Gruppierung der

---

dictio incerti, Z. d. S.St. XXIV 261 [5], Karlowa, Röm. Rechtsgeschichte II 765 fg. (jedoch S. 781 mit Sonderstellung bezüglich der condictio ex causa furtiva. Vgl. dagegen unten S. 38 [1].

[1]) Dies betont auch Pfersche, Bereicherungsklagen 17 fg. Vgl. auch oben S. 27 [8]. — [2]) a. a. O. 45. Vgl. oben S. 27 fg. — [3]) Vgl. oben Bd. I 14. — [4]) a. a. O. 87 fg. So schon Voigt, Condictiones 275 fg. 289. An der Baronschen Auffassung hält jetzt fest v. Mayr, Condictio incerti, Z. d. S.St. XXIV 259 [6] (gegen Condictio 203 fg.). Zu Unrecht beruft sich aber v. Mayr auf Pernice und Trampedach. Pernice, Labeo III 235 fg. weist nach, daß die römischen Juristen Untersuchungen über den materiellen Klagegrund der condictio angestellt haben, und legt dar (a. a. O. 214 [4]), daß diese Untersuchungen bereits mit Beginn der Kaiserzeit angefangen haben. Fraglich ist nur, ob die Namen der Kondiktionsfiguren, wie sie in der Justinianischen Kodifikation vorkommen (condictiones indebiti, causa data causa non secuta, ob turpem et iniustam causam etc.) schon den klassischen Juristen angehören. Daß diese Kondiktionsfälle sachlich der klassischen Zeit angehören, darüber hat Pernice (vgl. a. a. O. III 234 [3]) keinen Zweifel, und darüber kann niemand einen Zweifel haben. G. III 91 spricht eine zu deutliche Sprache. Hiergegen kann nicht ins Gewicht fallen, daß Gaius den technischen Namen condictio indebiti nicht gebraucht, worauf sich Baron a. a. O. 61 [20] beruft. Es fragt sich nur darum, ob Gaius die Frage nach dem materiellen Rechtsgrunde der condictio untersuchte, und ob er materielle Voraussetzungen für das Eingreifen der condictio forderte. Da folgt nun zweifellos aus G. III 91, daß Gaius eine materielle Voraussetzung für das Eingreifen der condictio fordert, nämlich die res (vgl. darüber unten § 21). Als Anwendungsfall dieser materiellen Voraussetzung bezeichnet Gaius die irrtümliche Zahlung einer Nichtschuld. Auch Trampedach, Condictio incerti, Z. d. S.St. XVII 97 spricht nur von der Interpolation der in den Titelrubriken bei Justinian (tit. D. 12, 4—7, tit. C. 4, 5—9) benannten Kondiktionsfiguren. Vgl. noch oben Bd. I 28.

Kondiktionsfälle nach den causae begonnen hat.[1]) War also auch die causa der condictio in der intentio der Formel nicht angegeben, so kam doch die causa der Klage im Verfahren (und zwar in iure) zur Sprache. Hierauf macht schon Bekker[2]) aufmerksam. Lesen wir ohne Voreingenommenheit die Ausführungen der römischen Juristen[3]), welche sich mit der Systematik der Kondiktionsfälle befassen, so ergibt sich aus ihnen, daß die condictio eine materielle Grundlage gehabt haben muß, da die Juristen ausführlich untersuchen, welche materiellen Voraussetzungen vorliegen müssen, damit die condictio eingreifen könne. Es seien nur zwei dieser Ausführungen hervorgehoben.

> Sab. Cels. bei Ulp. 6 D. 12, 5 Perpetuo Sabinus probavit veterum opinionem existimantium id, quod ex iniusta causa apud aliquem sit, posse condici: in qua sententia etiam Celsus est.

Die veteres[4]) und Sabinus erörtern ausdrücklich die Frage, welche materiellen Voraussetzungen vorliegen müssen, damit die condictio eingreifen könne. Dabei wird die breiteste Grundlage für die condictio anerkannt: in allen Fällen, in denen jemand etwas ex iniusta causa hat, soll dies von ihm kondiziert werden können. So würden doch die Juristen nicht schreiben, wenn die condictio überall da eingreifen könne, wo der Kläger irgendeinen beliebigen zivilen Anspruch geltend macht, sofern nur der Kläger den Gegenstand des Anspruches in bestimmter Form (als certum) angibt, wie Baron meint. Wozu wäre es notwendig, zu untersuchen und festzustellen, daß die condictio in allen

---

[1]) Vgl. Bekker, Z. d. S. St. IV 100, Pernice, Labeo III 214 [4], 234 [3], v. Mayr, Condictio 288 [1]. — [2]) Z. d. S. St. IV 95 fg. Vgl. auch zutreffend Dernburg-Biermann, Pandekten I [7] § 131 [5]. Damit ist wohl in genügender Weise derjenigen Ansicht entgegengekommen, welche vermeint, daß die causa in der intentio der Kondiktionsformel zwar nicht angegeben werden mußte, wohl aber angegeben werden konnte (Pfersche, Bereicherungsklagen 8 [3] — 9). — [3]) Sab. Cels. bei Ulp. 6 D. 12, 5, Pomp. 52 D. 12, 6, Paul. 1 D. 12, 5 und 65 pr. D. 12, 6, Ulp. 1 D. 12, 7. Vgl. Baron, Condictionen 55 fg. — [4]) Über die Frage, welche Juristen wir zu den veteres zu rechnen haben, vgl. oben Bd. I 55 [3].

Fällen des Habens ex iniusta causa eingreife, wenn die condictio nur dem prozessualischen Rechte angehören würde?[1])

> Paul. 65 pr. D. 12, 6 In summa, ut generaliter de repetitione tractemus, sciendum est dari aut ob transactionem aut ob causam aut propter condicionem aut ob rem aut indebitum: in quibus omnibus quaeritur de repetitione.

Paulus sucht offenbar allgemeine Grundsätze für das Eingreifen der condictio aufzustellen. Man darf den Paulinischen Versuch kritisieren[2]), aber damit beseitigt man nicht die Tatsache, daß die römischen Juristen nach den materiellen Rechtsgründen der condictio forschten. Daraus folgt dann wieder, daß die condictio nicht bloß ein prozessualisches Institut war. Auch der wiederholt von den römischen Juristen gemachte Hinweis, daß die condictio sich auf eine Obligation ex re stützt[3]), spricht gegen Barons Auffassung, als ob die condictio nicht materielle, sondern nur prozessualische Voraussetzungen fordere. Hierauf hat schon wiederum Bekker[4]) aufmerksam gemacht. Dieser Argumentation versucht Baron[5]) in folgender Weise zu begegnen: „Ist nämlich die condictio eine abstrakte Klage, so bedarf sie einer Begründung zwar nicht in iure, aber doch in iudicio; nun war doch der Bereicherungsbegriff zur Zeit der klassischen Juristen sicherlich noch ein flüssiger (— er ist es ja leider noch heute —), und es mußte deshalb von den Juristen die Frage, ob die vorliegenden Tatumstände eine für die condictio genügende Bereicherung enthalten, untersucht werden; die Untersuchung war überflüssig, wo es sich um eine condictio auf Grund eines altzivilen Begriffs (Darlehn, Stipulation) handelte; sie war bei Bereicherungsklagen um so notwendiger, als die Begründung der condictio (nicht bloß die tatsächliche, sondern auch die juristische)

---

[1]) Vgl. auch die Charakterisierung der Bedeutung, welche den Systematisierungsversuchen der Kondiktionsfälle durch die römischen Juristen zukommt, bei Pernice, Labeo III 235 fg. — [2]) Baron a. a. O. 57 fg. — [3]) G. III 91. Vgl. unten § 21. — [4]) Aktionen I 118 fg. — [5]) Condictionen 99. Vgl. auch 122/123, 198, 204.

vor dem Geschworenen erfolgte, d. h. vor einem Manne, welcher der juristischen Anleitung bedurfte, welcher, wenn er diese Anleitung nicht erhielt, sicherlich der Versuchung erlag, nach dem Gefühle Recht zu sprechen.“ Baron gesteht also zu, daß der Kläger auf Herausgabe der unrechtmäßigen Bereicherung gegen den Beklagten die condictio anstellen konnte.[1]) Aber Baron leugnet, daß die condictio selbst die Voraussetzungen einer Bereicherungsklage enthielt.[2]) Vielmehr nimmt Baron an, daß der Kläger selbst die unrechtmäßige Bereicherung auf seiten des Beklagten zu schätzen habe. Auf Grund dieser Selbstschätzung stelle dann der Kläger die condictio auf certum an, und nun habe der iudex zu untersuchen, ob die vom Kläger behauptete Bereicherung in unrechtmäßiger Weise stattgefunden habe oder nicht.[3]) Baron leugnet also nicht, daß für die unrechtmäßige Bereicherung materielle Voraussetzungen gefordert werden. Aber diese materiellen Voraussetzungen seien nicht in der condictio enthalten, sondern würden erst vom iudex festgestellt. Die condictio selbst sei nichts weiter als eine abstrakte Klage auf Geltendmachung eines jeden zivilen persönlichen Anspruches, sofern nur dieser Anspruch auf certum gehe.[4]) Baron legt somit dem Kläger die Verpflichtung auf, den Umfang seines Bereicherungsanspruches durch Selbstschätzung zu bestimmen. Danach macht der Kläger durch seine Selbstschätzung in dem konkreten Falle die condictio zu einer Bereicherungsklage. Mit Recht weist Kipp [5]) darauf hin, wie eine solche Stellungnahme des römischen Rechtes den Kläger auf das höchste schädigen würde. Der Kläger wäre fast gezwungen, stets weniger zu fordern, als ihm gebührt, um sich nicht den Folgen der plus petitio auszusetzen. Verwerfen wir somit das Selbstschätzungsrecht des Klägers [6]), dann müssen

---

[1]) Vgl. auch Baron a. a. O. 6: Die condictio ist die „geborene Klage für die Bereicherungsfälle“. — [2]) Vgl. auch Baron a. a. O. 74: „Endlich betone ich, daß die römische Überlieferung nichts von einer Bereicherungsklage weiß.“ — [3]) Mit Recht bemerkt dagegen Pfersche, Bereicherungsklagen 18 fg., daß wir von einem so weiten Umfange des officium iudicis nichts wissen. — [4]) a. a. O. 1. Vgl. oben S. 28 fg. — [5]) v. condictio in Pauly-Wissowa, Realencyclop. 851, 32 fg. — [6]) Vgl. ausführlich unten § 17, I.

wir auch die Konsequenz leugnen, welche Baron daraus zieht, nämlich, daß die condictio materielle Voraussetzungen nicht gehabt habe, daß also in iure von den materiellen Voraussetzungen der condictio überhaupt nicht die Rede war.

Daß im Verfahren in iure über die causa der condictio verhandelt wurde, ist uns sogar ausdrücklich bezeugt

> Jul. bei Ulp. 13 § 2 D. 12, 2 Idem Iulianus scribit eum, qui iuravit furtum se non fecisse, videri de toto iurasse, atque ideo neque furti neque condicticia tenetur, quia condicticia, inquit, solus fur tenetur. numquid ergo qui iuravit se furtum ne fecisse hoc solo nomine, condictione si conveniatur, exceptione utatur? ceterum si contendat qui condicit quasi cum herede se furis agere, non debet repelli et quasi *μονομερὴς* condictio ei dari debet adversus furis heredem nec pati eum iudex debet, si coeperit temptare probare furem.

Aus der Entscheidung geht mit Deutlichkeit hervor, daß der Kläger in iure angab, aus welcher causa er die condictio erhebe, nämlich auf Grund des Diebstahls des Erblassers des Beklagten. Julian entscheidet, daß in diesem Falle dem Kläger die condictio zu erteilen sei, und daß in iudicio der Beklagte sich daran zu halten habe und die Verurteilung nicht abwenden könne mit dem Nachweis, daß er nicht gestohlen habe. Zugleich spricht die Stelle gegen Karlowas[1]) Annahme, als ob die Abstraktheit der Kondiktionsformel bei der condictio ex causa furtiva eine Ausnahme erleide. Denn Julian sagt am Anfang der Stelle, daß, wenn der Beklagte schwört, daß er den Diebstahl nicht begangen habe, er sowohl von der actio furti wie von der condictio absolviert werde. Schwört er nur, daß er den Diebstahl nicht begangen habe, so fragt es sich, ob dieser Schwur den Beklagten auch gegen die condictio mit der exceptio iurisiurandi schützt. Hat der Kläger in iure angegeben, daß er gegen den Erben des Diebes die condictio erhebe, dann kann der Beklagte sich nicht auf den Eid berufen; die exceptio steht ihm somit nicht zu. Diese Ausdrucksweise ist nur begründet, wenn in der Formel die

[1]) Röm. Rechtsgesch. II 781 fg.

causa nicht angegeben war. Denn wäre sie angegeben, dann müßte auch angegeben sein, daß es sich um den Diebstahl des Erblassers handelt (etwa ex furto heredis). Eine besondere Hinweisung darauf, daß der iudex darauf nicht achten solle, daß Beklagter selbst den Diebstahl nicht begangen habe, wäre überflüssig, da sich dies aus der Formel ergeben würde.[1]) Da aber der iudex ausdrücklich unterrichtet wird, so folgt daraus, daß die causa in der Formel nicht angegeben war. Daher heißt es, daß der Kläger behauptet (contendat), daß er die abstrakte condictio auf dare oportere auf Grund des Diebstahls des Erblassers des Beklagten erhebe. Daß von dem Verfahren in iure die Rede ist, ergibt sich aus dem Schlußsatz: non debet repelli et — condictio ei dari debet. Auf die Verhandlung in iure weist auch der Zwangseid (iuravit furtum se non fecisse) hin, welcher in iure geschworen wurde.[2])

Daß in iure von der causa die Rede war, beweist wohl auch

Quintilian, Inst. orat. IV 2 § 6 Satis est dixisse: certam creditam pecuniam peto ex stipulatione.

Daß Quintilian nicht von der Formelfassung spricht, sondern von dem Verhandeln der Parteien in iure, hebt mit Recht Lenel[3]) hervor. Diese Erklärung ist wohl zutreffender als die Barons[4]), welcher meint, daß von der Verhandlung in iudicio die Rede ist.

II. Als gesichertes Resultat der bisherigen Forschungen dürfen wir ferner annehmen, daß die condictio auf certa pecunia identisch ist mit der actio certae creditae pecuniae.[5]) Der Name condictio war nur eine wissenschaftliche Bezeichnung.

---

[1]) So auch Baron, Condictionen 33. — [2]) Vgl. Ulp. 7. 9 pr. D. 12, 2, Wlassak, Röm. Prozeßgesetze I 109 und v. abiuratio in Pauly-Wissowa, Realencyclop., Kipp, v. condictio ib. 850, 3 fg., Demelius, Schiedseid 16. — [3]) Édit I 274 [1]. So auch Girard, Droit romain [4] 608 [3 a. E.]. — [4]) Condictionen 22 fg. — [5]) Vgl. oben Bd. I 52 [2–6], außerdem zustimmend Pfersche, Bereicherungsklagen 22, v. Keller-Wach, Röm. Zivilprozeß [6] 89 [240], Lenel, Édit I 270 fg., Naber, Observat. de iure romano, Mnemosyne XX (1892) 185, Jobbé-

Dieser bisher allgemeinen Ansicht sind in neuester Zeit Karlowa[1]) und Stintzing[2]) entgegengetreten.

Es ist ja allerdings auffallend, daß die condictio auf certa pecunia nicht den Formelnamen condictio, sondern den Formelnamen actio führt. Aus G. IV 18 fg. dürfen wir folgern, daß der Name condictio sich nicht sowohl auf den Namen der Klage, als auf die besondere Prozeßart dieser Klage bezog.[3]) Aus welcher Zeit die lex Silia stammt, welche die legis actio per condictionem bei certa pecunia eingeführt hat, wissen wir nicht.[4]) Offenbar ging sie der lex Calpurnia voraus, welche nach Mommsens begründeter Vermutung wohl identisch ist mit der lex Calpurnia de repetundis vom J. 149 v. Chr.[5]) Die Ansprüche auf certa pecunia wurden vor Ergehn der lex Silia mit der legis actio per sacramentum bzw. per iudicis postulationem geltend gemacht, wie G. IV 20 ausdrücklich hervor-

---

Duval, Études sur l'histoire de la procédure civile chez les Romains. Paris I (1896) 79 [2], Girard, Droit romain [4] 490 [1], Kipp, v. condictio in Pauly-Wissowa, Realencyclop. 849, 49. 61, v. Mayr, Condictio incerti, Z. d. S.St. XXIV 260 fg. (woselbst S. 267 [5] die weitere Literatur angegeben ist), v. Chyhlarz, Institutionen § 84 I A, Pflüger, Ciceros Rede pro Q. Roscio comoedo (1904) S. 3. 5 fg. Jobbé-Duval a. a. O. 81 fg. nimmt sogar an, daß schon zur Zeit der lex Silia neben der legis actio per condictionem eine l. a. certae creditae pecuniae bestand. Vgl. dazu H. Krüger, Grünhuts Zeitschrift XXVI (1899) 245. 246.

[1]) Römische Rechtsgeschichte II 594 fg. Früher vertrat diese Ansicht Heimbach, Creditum 553 fg. Vgl. dagegen Baron, Condictionen 178 fg. — [2]) Beiträge zur römischen Rechtsgeschichte (1901) 40 fg. — [3]) v. Keller-Wach, Röm. Zivilprozeß [6] § 18 S. 90 fg., v. Mayr, Condictio 22/23. Vgl. Jobbé-Duval, Études I 125 fg. Über die Bedeutung des Ausdrucks legis actio vgl. Lotmar, Contravindication (1878) 22 fg., Wlassak, v. actio in Pauly-Wissowa, Realencyclop. 303, 40 fg. und Gerichtsmagistrat im gesetzlichen Spruchverfahren, Z. d. S.St. XXV 147 fg. — [4]) v. Keller-Wach, Röm. Zivilprozeß [6] 88 [233a], Jobbé-Duval, Études I 71. 72, Girard, Droit romain [4] 988 [1]. — [5]) Röm. Strafrecht 708 [4], auch schon Pernice, Labeo III 233. Dagegen freilich Wlassak, Röm. Prozeßgesetze II 377 (Sachregister), Girard, La date de la loi Aebutia in Z. d. S.St. XIV 42—47 = Nouv. Revue hist. de droit XXI (1897) S. 282 fg. und Droit romain [4] 611 [2], Kipp, v. condictio in Pauly-Wissowa, Realencyclop. 848, 55.

hebt. Das Anwendungsgebiet der legis actio per sacramentum bzw. per iudicis postulationem war natürlich ein weiteres und umfaßte nicht bloß die Ansprüche auf certa pecunia und certa res.[1]) Als der Prätor bei Übergang des Legisaktionenverfahrens in das Formularverfahren die Formeln schuf, hat er offenbar zuerst die legis actio sacramento sich zum Vorbild genommen.[2]) Aus dieser entstand die Formel mit dare oportere[3]) und daraus die actio certae creditae pecuniae.[4]) Im Legisaktionenprozeß wurde der Anspruch auf certa credita pecunia mit der l. a. sacramento bzw. per iudicis postulationem geltend gemacht, seit der lex Silia auch mit der l. a. per condictionem. Im Formularverfahren war die Schaffung von zwei Klagen für die Geltendmachung des Anspruchs auf certa credita pecunia nicht notwendig, da ein Unterschied, wie er im Legisaktionenverfahren zwischen der l. a. sacramento bzw. per iudicis

[1]) Zweifellos griff die l. a. per condictionem sowohl in das Gebiet der l. a. sacramento wie in das Gebiet der l. a. per iudicis postulationem über, d. h. sie übernahm teilweise das Gebiet jener beiden Legisaktionen, soweit es sich um dare oportere handelt. Dies beweist unanfechtbar G. IV 20. Zustimmend A. Schmidt, Über die legis actio per iudicis postulationem, Z. d. S. St. II 151 fg. und Wlassak, Röm. Prozeßgesetze I 105. Daraus folgt aber nicht, daß die l. a. per condictionem das ganze Gebiet der l. a. per sacramentum und der l. a. per iudicis postulationem übernahm. Zunächst beschränkt schon Gaius dies Gebiet auf die Fälle, wo es sich um dare oportere handelt. Und sodann folgt aus G. IV 19, daß das Gebiet der l. a. per condictionem noch durch das Erfordernis des certum (certa pecunia, certa res) eingeschränkt war. Daß nach der Einführung der l. a. per condictionem die l. a. sacramento und die l. a. per iudicis postulationem in elektiver Konkurrenz neben der l. a. per condictionem angestellt werden konnten, soweit es sich um dare oportere und um das certum handelte, kann nach G. IV 20 füglich nicht bestritten werden. Zustimmend Wlassak a. a. O. I 105. 106, II 2[3]. A. M. Jobbé-Duval, Études 109. — [2]) Vgl. aber v. Keller-Wach, Röm. Zivilprozeß [6] § 23 [276], § 25 S. 121. — [3]) G. IV 20. Schon im Sakramentsverfahren kommt die Fassung dare oportere vor. Probus, Not. 4, 1 In legis actionibus haece: aio, te mihi dare oportere. Zustimmend Pernice, Labeo III 226 [1]. — [4]) Daneben blieb wohl die legis actio per condictionem im Gebrauch. Vgl. Wlassak, Röm. Prozeßgesetze I 128. 129. 164 [11], P. F. Girard, Les assises de Cicéron en Cilicie. Mélanges Boissier (1903) 2 [1].

postulationem und der l. a. per condictionem vorlag, nicht mehr bestand. Worin der Unterschied lag, darüber weiß schon G. IV 20 nichts sicheres zu melden. Mit der Schaffung der actio certae creditae pecuniae war auf jeden Fall die Schaffung einer besonderen Formel für die condictio auf certa pecunia nicht mehr notwendig.[1]) Die condictio auf certa pecunia wurde mit der actio certae creditae pecuniae realisiert. Die condictio certae pecuniae ist somit identisch mit der actio certae creditae pecuniae. Bezüglich der condictio auf certa res stand die Sache anders. Diese konnte natürlich nicht mit der actio certae creditae pecuniae realisiert werden. So mußte neben der actio certae creditae pecuniae die condictio auf certa res als besondere Klagform anerkannt werden. Daß für die actio certae creditae pecuniae auch der Name condictio certae pecuniae gebraucht wurde, erklärt sich als historische Reminiszenz.[2]) Der technische Name für die Klage auf eine bestimmte Geldsumme ist actio certae creditae pecuniae.[3]) Die Kompilatoren haben die actio certae creditae pecuniae ausgemerzt, einmal, da sie eine Vorliebe für die condictio hatten[4]), und sodann, weil es besser erschien, neben der condictio certae rei, welche man nicht entbehren konnte, von einer condictio certae pecuniae zu sprechen. Dies war umsomehr berechtigt, als

---

[1]) Vgl. auch v. Mayr, Condictio incerti, Z. d. S.St. XXIV 260 [3, 7]. 261 [1]. 262. — [2]) Der Name condictio stammt daher, weil diese Klage eine besondere Prozeßart darstellt, welche in dem condicere = denuntiare nach G. IV 18 liegt. So erklärt es sich, daß für die Klage auch der Name actio condicticia oder actio condictionis vorkommt: Jul. 7 pr. D. 12, 4, Jul. bei Ulp. 13 § 2 D. 12, 2, Paul. 55 D. 24, 1, Ulp. 24 D. 12, 1, 1 C 4, 5 a. 213, 2 C 4, 6 a. 227, 3 C 8, 54 a. 290. Vgl. auch v. Mayr, Condictio incerti, Z. d. S. St. XXV 205 [4]. Damit hängt vielleicht zusammen die Ausdrucksweise iure condictionis, z. B. repetitionem esse: 1 pr. C 4, 5 a. 213, 1 C 4, 6 a. 215, 5 C 4, 64 (Diocletian). — [3]) Quintilian, Inst. orat. IV 2 § 6, Seneca, de benef. III 7 § 1, G. IV 13. 171 (in Verbindung mit IV 33. 50). Vgl. die weiteren Belegstellen bei Heimbach, Creditum 44 fg., Voigt, Condictiones 259 [196], Pernice, Labeo III 212 [3], Lenel, Édit I 270 [2], auch unten S. 43 Anm. 2. — [4]) Vgl. Pernice, Labeo III 205 [1], v. Mayr, Condictio incerti, Z. d. S.St. XXIV 259 [1, 2].

schon in der klassischen Zeit der Name condictio sowohl für die certa pecunia wie für die certa res gebraucht wurde.[1]) Damit erreichte man eine formelle Vereinfachung und zugleich die Einheit in dem Kondiktionensystem. Nichtsdestoweniger ist in einer Reihe von Stellen der Justinianischen Kodifikation die actio certae creditae pecuniae stehn geblieben.[2])

Ein entscheidendes Argument gegen Karlowa und Stintzing, welche in der actio certae creditae pecuniae und der condictio certae pecuniae zwei verschiedene Klagen sehn, dürfte folgendes sein. Gaius hebt hervor, daß die condemnatio certae pecuniae in der Formel qua certam pecuniam petimus vorkommt:

> IV 50 Certae pecuniae [sc. condemnatio] velut in ea formula qua certam pecuniam petimus rel.

Die formula 'qua certam pecuniam petimus' wird als ein Beispiel für die Formeln angeführt, welche eine condemnatio certae pecuniae im Gegensatz zur condemnatio incertae pecuniae (ib. § 49) haben. Die Ausdrucksweise in ea formula beweist aber, daß es nur eine Formel qua certam pecuniam petimus gab. Karlowa[3]) will dieser Argumentation damit entgehn, daß er annimmt, die condictio certae pecuniae und die actio certae creditae pecuniae haben dieselbe Formel gehabt, seien aber nichtsdestoweniger verschiedene Klagen gewesen.[4]) Dagegen scheint uns entscheidend zu sprechen:

---

[1]) G. IV 33. — [2]) Scaev. 67 § 4 D. 12, 6 Lucius — pecuniam certam credidit — respondit — condici id — non posse, Pap. 19 § 3 D. 19, 3 pecuniae creditae — actio, Tryph. 12 § 1 D. 20, 5 personali actione pecuniae creditae, Paul. 14 D. 12, 2 propter rem autem iusiurandum exigitur veluti de pecunia credita, cum iurat actor sibi dari oportere rel. Vgl. weitere Stellen bei v. Mayr, Condictio incerti, Z. d. S. St. XXIV 262 [3. 4] und XXV 205 [4]. — [3]) a. a. O. 596 unten. — [4]) Der Unterschied habe in verschiedenen Punkten des Verfahrens bestanden; insbesondere in der sponsio und restipulatio tertiae partis, „welche bei der condictio certi nicht vorkam". Vgl. darüber unten § 19. Der andere Unterschied habe in folgendem bestanden (a. a. O. 597 oben): bei der actio certae creditae pecuniae gelte nach der lex Rubria derjenige als verurteilt, „wer in iure nicht antwortet oder sich sponsione iudicioque nicht gehörig

G. IV 33 Nulla autem formula ad condictionis fictionem exprimitur. sive enim pecuniam sive rem aliquam certam debitam nobis petamus rel.

Hier wird das pecuniam certam debitam petamus in Beziehung auf „condictionis“ gebraucht. Daraus folgt, daß die condictio das pecuniam und das rem certam debitam petere umfaßt, daß also die condictio certae pecuniae identisch ist mit der formula, qua certam pecuniam petimus. Ist aber die condictio certae pecuniae identisch mit der formula qua certam pecuniam petimus, so muß die condictio certae pecuniae auch identisch sein mit der actio certae creditae pecuniae, welche G. IV 13 erwähnt. Denn actio certae creditae pecuniae ist die Klage, mit welcher eine geschuldete bestimmte Geldsumme eingeklagt wird (qua pecuniam certam debitam petamus).

Aus Gaius läßt sich somit ein Unterschied zwischen actio certae creditae pecuniae und condictio certae pecuniae nicht herleiten[1]); im Gegenteil ergibt sich schon aus Gaius die Identität beider Klagen.

III. In den Quellen werden in der Regel die Worte condictio und condicere ohne jeden Zusatz gebraucht. Augenscheinlich galt es als selbstverständlich, daß die condictio immer nur auf ein certum gehn kann. So wird denn in der Literatur heute mit Recht allgemein angenommen, daß die Worte certum und certi, welche in der Zusammensetzung certum condicere[2]), certi condictio[3]), certi

verteidigt“. Von der condictio certi sei dies nicht anzunehmen. Vgl. dagegen zutreffend v. Mayr, Condictio incerti, Z. d. S.St. XXIV 367 [3]. Eine dritte Eigentümlichkeit der actio certae creditae pecuniae sei der Zwangseid, welcher bei der condictio certi nicht vorkomme. Vgl. darüber unten § 19.

[1]) auch nicht scheinbar, wie v. Mayr, Condictio incerti, Z. d. S.St. XXIV 261 [4] meint, dessen sonstigen Argumenten (S. 261. 262. 267) gegen Karlowa und Stintzing wir zustimmen. — [2]) Ulp. 9 pr. D. 12, 1. Vgl. oben S. 4 [1], Paul. 28 § 4 D. 12, 2. Vgl. Pernice, Labeo III 211 [2]. — [3]) Ulp. 9 pr. § 3 D. 12, 1. Vgl. oben S. 4 [1], Paul. 12 D. 46, 2. Vgl. Pernice, Labeo III 203 [5, 6], Mitteis, Condictio generalis in Jherings Jahrb. 39, 153 [1]. 157 [2], Pflüger, Condictio incerti, Z. d. S.St. XVIII 89, v. Mayr, Condictio incerti, Z. d. S.St. XXIV 269. 270.

**condicere**[1]) vorkommen, interpoliert sind.[2]) Dasselbe gilt von den Worten **incertum** und **incerti** in der Zusammensetzung **incertum condicere**[3]), **incerti condictio**[4]), **incerti condicere**[5]), wie **Trampedach**[6]) nachgewiesen hat.

Bezeichnend für die Interpolation der Zusätze **incertum** und **incerti** ist, daß in der Hälfte der Fälle, welche sachlich von der **condictio incerti** im Sinne der Kompilatoren sprechen, der Zusatz **incertum** oder **incerti** sich **nicht** findet.[7]) Im **Kodex** Justinians findet sich die Bezeichnung

---

[1]) Jul. bei Ulp. 17 § 2 D. 25, 2. Vgl. Pernice, Labeo III 211 [2], v. Mayr, Condictio incerti, Z. d. S. St. XXIV 268 [9. 10]. — [2]) Vgl. oben Bd. I 90 [2] und zustimmend Lenel, Édit I 270, Naber a. a. O. Mnemosyne XX 193 fg., Mitteis, Condictio generalis, Jherings Jahrb. 39, 157 [2], H. Krüger, Z. d. S.St. XXI 422/423, v. Mayr a. a. O., Z. d. S.St. XXIV 268 fg. Mit Recht bemerken Dernburg-Biermann, Pandekten I [7] § 131 [7], daß condictio 'certi' ein Pleonasmus ist. — [3]) Marcian 35 D. 8, 2 incertum condicere ut servitus imponatur. — [4]) Aristo, Nerat. bei Ulp. 12 § 2 D. 13, 1 (cond. possessionis). Jul. 19 § 2 D. 43, 26 (cond. possessionis). Jul. 60 D. 30 (cond. impensarum) (= 40 § 1 D. 12, 6). Jul. 3 D. 12, 7 incerti condictione consequi ut liberentur — condictione id agitur, ut liberetur, ut exoneretur — incerti condictione consequitur, ut tota stipulatio accepto fiat — incerti consequetur, ut quinque liberetur. Jul. 46 pr. D. 23, 3 res condictione repetituram, item incerti condictione consecuturam, ut promissione liberetur. Jul. 2 § 3 D. 39, 5 incerti condictione stipulatorem compellam, ut mihi acceptum faciat stipulationem (= 7 pr. D. 44, 4). Paul. 8 pr. D. 19, 1 condictio incerti competit, ut patiaris servitutem imponi. Paul. 12 D. 46, 2 tenetur condictione vel incerti si non pecunia soluta esset, vel certi si soluta esset (cf. 5 § 5 D. 44, 4). Ulp. 5 § 1 D. 7, 5 omissam cautionem condici incerti condictione. — [5]) Pomp. 22 § 1 D. 12, 6 incerti condicam, ut iter mihi concedatur. Pomp. bei Ulp. 16 § 2 D. 4, 4 potuit incerti condici haec cautio. Pomp. bei Paul. 5 § 1 D. 19, 1 incerti condicere ut liberetur. Marcian 40 § 1 D. 12, 6 (cond. impensarum) (= 60 D. 30). — [6]) Condictio incerti, Z. d. S.St. XVII 135—145. Anregung dazu hat schon Naber, Observat. de iure romano, Mnemosyne XX (1892) 103/104, 194 fg., 315 fg. gegeben. Vgl. darüber Trampedach a. a. O. 135 [3]. Zustimmend Pflüger, Condictio incerti, Z. d. S.St. XVIII 75 fg., v. Mayr, Condictio 202 [1], H. Krüger, Z. d. S.St. XXI 422 unten, Lenel, Édit I 177 [1]. Vgl. auch oben S. 16 [1—3]. — [7]) Vgl. Trampedach a. a. O. 145—148. Die Fälle sind: Cels. bei Ulp. 2 D. 13, 3 possessionem condicere. Jul. 18 § 1 D. 39, 6 condictione aut in factum actione debitoris obligationem reciperet (cf. 31 §§ 3. 4 D. 39, 6). Jul. bei Ulp. 7 pr. D. 44, 4 condictio mihi competit ut me

condictio incerti gleichfalls nicht.[1]) Es ist dies für uns wertvoll. Denn wenn auch den Entscheidungen im Kodex in der Regel die cognitio extraordinaria zugrunde liegt, so folgt doch daraus, daß die condictio incerti mit dem Formularverfahren nicht zusammenhängen kann. Denn bei Justinian besteht ja lediglich die cognitio extraordinaria, und doch haben die Kompilatoren die Zusätze certum und incertum hineingebracht. Würden diese Zusätze aus der Natur des Formularverfahrens, insbesondere aus den im Formularverfahren geltenden Formeln zu erklären sein,

liberet (= 2 § 3 D. 39, 5). Jul. bei Ulp. 7 § 1 D. 44, 4 utar condictione, cui sum obligatus (cf. 2 § 4 D. 39, 5). Pomp. bei Ulp. 3 § 10 D. 35, 3 condici possit, ut cautio interponatur — condictionem interponendae satisdationis gratia competere. Marcell. bei Ulp. 5 § 2 D. 25, 1 condici id quod pro impensis compensari solet. Marcell. bei Ulp. 8 §§ 2. 3 D. 16, 1 condicere quod ei abest vel, si nondum abest, liberationem. Pap. 69 § 3 D. 31 cautio — nullo eo nomine nascetur condictio. Tryph. 76 D. 23, 3 remittatur obligatio per condictionem — nam ut corporis vel pecuniae translatae, ita obligationis condictio est. Tryph. 78 § 5 D. 23, 3 (cond. obligationis). Tryph. 31 § 1 D. 16, 3 ex causa depositi indebiti dati condictio competet (cond. poss.? Vgl. unten § 16, IV, 1). Paul. 15 § 1 D. 12, 6 condictio competet ut possessio reddatur. Paul. 9 § 1 D. 12, 4 condictio competit, ut aut repetat quod marito dedit aut ut liberetur. Paul. 5 § 5 D. 44, 4 condictione tenetur ut vel liberet debitorem, vel ut pecunia ei reddatur. Ulp. 7 pr. D. 7, 9 et ipsa stipulatio [cautio] condici poterit. Ulp. 31 D. 12, 6 indebiti promissi habet condictionem. Ulp. 1 pr. D. 12, 7 qui promisit sine causa, condicere quantitatem non potest quam non dedit, sed ipsam obligationem. Ulp. 1 pr. D. 36, 4 heres condicat liberationem. Ulp. 24 D. 12, 6 (cond. obligationis? cf. unten § 16, II). Ulp. 13 D. 46. 2 (cond. obligationis? cf. v. Mayr, Z. d. S.St. XXV 226[2] und unten § 16, II). Ulp. 4 D. 12, 4 (cond. obligationis? cf. unten § 16, IV 5).

[1]) 7 C. 4, 30 a. 223 per condictionem obligationem repetere. 15 pr. C. 8, 40 a. 239 condicere ut obligatio tibi accepto feratur. 3 C. 2, 6 a. 240 cautionem condicere. 4 C. 4, 6 a. 259 ut libereris obligatione eius — per condictionem consequeris. 1 C. 2, 5 a. 293 condictio liberationis tibi competit. 3 C. 4, 5 a. 293 (cond. liberationis = scripturae). 4 C. 4, 5 a. 293 (cond. liberationis). 2 C. 4, 9 a. 293 (cond. liberationis = instrumenti). 6 C. 1, 18 a. 294 residui liberationem condicentes. 8 C. 4, 5 a. 294 obligationis liberatio competit. 25 C. 8, 42 a. 294 (cond. liberationis = chirographi). 36 pr. § 2 D. 8, 53 a. 531 (cond. liberationis).

so wäre es doch auffallend, daß die Kompilatoren, welche den Formeln feindlich gegenüberstanden, etwas in die Kodifikation hineinbrachten, was mit der Formelfassung zusammenhängt. Im Gegenteil dürfen wir schließen, daß im Formularverfahren das certum bzw. incertum auf die Formelfassung keinen wesentlichen Einfluß hatte.

IV. Die intentio der Kondiktionsformel geht auf dare oportere. Wir werden in unseren Erörterungen über die materielle Bestimmung des Gegenstandes der condictio näher auf die Frage einzugehn haben, welche Bedeutung dem zukommt, daß die condictio auf dare oportere ging.[1]) Denn die Tatsache selbst, daß die condictio grundsätzlich auf dare oportere ging, wird in der Literatur nicht bestritten.[2]) Desgleichen werden wir die Frage, ob die intentio der condictio auf facere oportere gehn könne, in anderem Zusammenhang behandeln, nämlich bei Untersuchung der Fälle der sog. condictio incerti.[3]) Hier werden wir auch festzustellen haben, ob die condictio auf dare oportere identisch ist mit der condictio auf certum, dagegen die condictio auf facere oportere mit der condictio auf incertum. Verwerfen wir diese Identifizierung, so ergibt sich, daß es wohl eine condictio auf facere oportere gibt, nicht dagegen eine condictio auf incertum. Daselbst werden wir auch zu erklären versuchen, wie der Name condictio incerti in nachklassischer Zeit entstanden ist.

V. Die condictio certi umfaßt sowohl die condictio certae pecuniae wie die condictio certae rei. Es ergibt sich dies deutlich aus

G. IV 33 sive enim pecuniam sive rem — certam debitam — petamus.

Als condictio auf certum gilt also sowohl die condictio certae pecuniae wie die condictio certae rei. Daß bei Gaius nicht die Ausdrucksweise condictio certi gebraucht wird, hat keine Bedeutung, da die Ausdrucksweise condictio certi auf

[1]) unten § 21. — [2]) Vgl. Baron, Condictionen 41 fg., Pernice, Labeo III 226, v. Mayr, Condictio incerti, Z. d. S.St. XXV 204 [11]. — [3]) unten § 16, IV.

Interpolation beruht, während die klassischen Juristen nur schlechtweg von condictio sprechen.[1]) Aus dem Umstande somit, daß in einigen Stellen[2]) von condictio certi die Rede ist, darf man nicht den Schluß ziehn, als ob es sich hier um eine bestimmte Art von condictio handelte, welche nur die condictio auf certa pecunia umfaßt. Der von den Kompilatoren gemachte Zusatz certi erklärt sich daraus, daß damit zum Ausdruck kommen sollte, daß es sich um das certum handelt, auf welches die condictio gerichtet ist, im Gegensatz zur sog. condictio incerti, welche die Kompilatoren kennen. Zu Unrecht behaupten daher einige Autoren[3]), daß die condictio certi lediglich die condictio certae pecuniae sei, während die condictio certae rei nicht condictio certi, sondern condictio triticaria heiße. Vielmehr müssen wir behaupten, daß sowohl die condictio certae pecuniae wie die condictio certae rei als condictio auf certum und insofern auch als condictio certi gelten.[4]) Erst bei den Scholiasten gewinnt die condictio certi die besondere Bedeutung der condictio certae pecuniae.[5])

Andererseits ist auch die Auffassung[6]) zu verwerfen, wonach die condictio triticaria sowohl die condictio certae rei wie die sog. condictio incerti begreife.[7]) Wir glauben vielmehr, daß der Name condictio triticaria sich erst in nachklassischer Zeit zur Bezeichnung der condictio auf certa res ausgebildet hat, was insofern berechtigt war, als wohl nur für die condictio auf Fungibilien der Name condictio triticaria üblich wurde[8]): die condictio triticaria war seitdem eine Unterart der condictio certae rei. Mit Recht wird daher die Interpolation der condictio triticaria behauptet.[9])

---

[1]) Vgl. oben S. 45 [1]. — [2]) Vgl. oben S. 44 [3]. — [3]) Baron, Condictionen 88. 117. 126. 129/130. 181, Pfersche, Bereicherungsklagen 11 (§ 2) 14, Karlowa, Röm. Rechtsgesch. II 595. — [4]) Zustimmend Girard, Droit romain [4] 610 [2], Kipp, v. condictio in Pauly-Wissowa, Realencyclop. 851, 8 fg., v. Mayr, Condictio incerti, Z. d. S.St. XXIV 268 fg. — [5]) S. unten Nr. VI. — [6]) v. Savigny, System V 626 fg. — [7]) Vgl. zutreffend Baron, Condictionen 112–116. — [8]) Zustimmend Pfersche, Bereicherungsklagen 23. — [9]) Von Huschke, Darlehn 211 fg., Lenel, Édit I 268. 269. 271 [1]. 276, Trampedach, Condictio incerti, Z. d. S.St. XVII 150. 151, v. Mayr, Condictio 203. 204 und

Ebenso wie es unbegründet ist, eine besondere condictio certi lediglich im Sinne von condictio certae pecuniae (und nicht auch im Sinne von condictio certae rei) anzunehmen, ebenso unbegründet ist es, die Existenz einer besonderen Klage Si certum petetur zu behaupten.[1]) Als entscheidendes Argument dafür kann nicht gelten, daß die Ausdrucksweise certum petere vorkommt.[2]) Bei

> Ulp. 1 pr. D. 13, 3 illa actione utitur 'si certum petetur'

ist der Name der Klage interpoliert.[3]) Der technische Name der condictio auf certa pecunia ist vielmehr actio certae creditae pecuniae[4]), während für die Klage auf certa res der Name condictio bestand. Es lag also kein Grund vor, eine Klage 'si certum petetur' zu schaffen. Wir haben

---

Condictio incerti, Z. d. S. St. XXIV 272 [4. 10]. 273. 278 [1]. An der Klassizität der condictio triticaria halten fest Pernice, Labeo III 209. 210, Kipp, v. condictio in Pauly-Wissowa, Realencyclop. 850, 19 fg., 852, 62 fg., Stintzing, Beiträge z. röm. Rechtsgesch. (1901) S. 38. Pernice, Labeo III 209 [4. 5] meint, daß gerade die condictio triticaria die Plattform für die spätere Ausbildung der sog. condictio incerti bildete, wogegen mit zutreffenden Argumenten auftritt v. Mayr, Condictio incerti, Z. d. S. St. XXV 198 [1. 2]. Karlowa, Röm. Rechtsgesch. II 599. 600 meint, daß der actio certae creditae pecuniae eine actio triticaria (vgl. schon Bekker, Aktionen I 101) gegenüberzustellen sei, wogegen sich mit Recht ausgesprochen haben Stintzing a. a. O. und v. Mayr a. a. O. Z. d. S. St. XXIV 272 [5–11]. Es sei bei der Gelegenheit bemerkt, daß der Scholiast Stephanus Sch. 1 zu Ulp. 1 pr. D. 13, 3 (Bas. XXIV 8 c. 7 ed. Heimbach III 43) allerdings von einer „alten Formel" spricht, daß aber der referierende Scholiast ausführt, der Name triticaria sei daraus entstanden, daß bei der Übersetzung ins Griechische eine „alte Formel" zum Muster genommen wurde, in welcher vom triticum die Rede war. So ist die Formel „alt" wohl erst vom Standpunkt der Scholiasten. Weiter ergibt sich daraus, daß die „alte Formel" keineswegs die technische Bezeichnung triticaria führte.

[1]) Dies tun Pfersche, Bereicherungsklagen 37/38, Karlowa, Röm. Rechtsgesch. II 595 oben. — [2]) Ulp. 9 pr. und 24 D. 12, 1, 1 pr. D. 13, 3. Vgl. über die Sprachweise der Quellen mit Rücksicht auf die den Gegenstand der condictio charakterisierenden Zusätze v. Mayr a. a. O. Z. d. S. St. XXV 216 [3–10]. — [3]) Naber, Observ. de iure romano, Mnemosyne XX 185, Girard, Droit romain [4]490 [2], Lenel, Édit I 270 [3]. — [4]) Vgl. oben S. 39 [5].

nur die actio certae creditae pecuniae, sofern es sich um certa pecunia handelt, und die condictio, sofern es sich um certa res handelt. Für beide Klagen war in der Wissenschaft kurzweg der Name condictio üblich [1]), entweder schlechtweg oder mit dem Zusatz certae pecuniae bzw. certae rei.

Man hat behauptet, daß die condictio auf certa pecunia die condictio auf certa res umfasse, daß es also nur eine condictio certae pecuniae gebe.[2]) Man stützt sich dabei auf Hermog. 222 D. 50, 16, wonach unter pecunia auch Sachen fallen. Uns scheint diese Auffassung künstlich zu sein. Der Ausspruch von Hermogenian will doch wohl nur sagen, daß die Sachen als Geld, d. h. als Geldwert auftreten.[3]) Vor allem scheint uns dagegen G. IV 33 zu sprechen, welcher ausdrücklich die condictio der certa pecunia (disjunktiv sive — sive) und die condictio der certa res unterscheidet.[4]) Der Unterschied ist wohl schon seit der lex Silia und der lex Calpurnia begründet, welche die legis actio per condictionem certae pecuniae gesondert von der de omni certa re einführen.[5]) Wir haben also ein certum petere, welches sowohl die condictio auf certa pecunia wie die condictio auf certa res umfaßt. Die condictio auf certa pecunia ist von der condictio auf certa res zu scheiden.[6]) Die condictio

[1]) Vgl. oben Bd. I 52 [4], auch Kappeyne van de Coppello, Abhandlungen 331/332. — [2]) Pfersche, Bereicherungsklagen 23, Trampedach, Condictio incerti, Z. d. S.St. XVII 151 [4], v. Mayr, Condictio 204. 205 (der aber jetzt, Condictio incerti, Z. d. S. St. XXIV 274 [6–8], 275. 276. 278, die certa pecunia und die certa res als Gegenstände der condictio auf certum unterscheidet und nur annimmt, „daß die certa res, solange ihre Bestimmtheit geldmäßig feststand, den Gegenstand der actio certae creditae pecuniae bilden konnte"). — [3]) Vgl. Ulp. 178 pr. D. 50, 16. Auf G. III 124 darf man sich nicht berufen, da hier eine Sonderbestimmung der lex Cornelia vorliegt, wie Stintzing, Beiträge z. röm. Rechtsgeschichte (1901) S. 40 [1] mit Recht hervorhebt, und auch Pflüger, Ciceros Rede pro Q. Roscio 6. 7 bemerkt. — [4]) Vgl. auch Paul. Sent. II 31 § 28 praeter rei condictionem furti actio — datur. — [5]) G. IV 19. — [6]) Erst bei den Scholiasten spielt die condictio certi (= condictio certae pecuniae) die Rolle einer alle übrigen Kondiktionen umfassenden condictio. Vgl. unten S. 56 [1] und § 17, I.

auf certa pecunia hat eine andere Formelfassung als die condictio auf certa res.[1])

VI. Die intentio der Kondiktionsformel ist stets auf ein certum gerichtet. Dies ist ein Grundsatz, welcher bei den römischen Juristen feststand von den ältesten Zeiten bis zu den Byzantinern hinauf.

Quint. Inst. orat. IV 2 § 6 certam creditam pecuniam peto ex stipulatione.[2])

G. IV 19 Haec autem legis actio [sc. per condictionem] constituta est per legem Siliam et Calpurniam, lege quidem Silia certae pecuniae, lege vero Calpurnia de omni certa re.

G. IV 33 Nulla autem formula ad condictionis fictionem exprimitur sive enim pecuniam sive rem aliquam certam debitam nobis petamus, eam ipsam 'dari nobis oportere' intendimus, rel.[3])

Ulp. 24 D. 12, 1 Si quis certum stipulatus fuerit, ex stipulatu actionem non habet, sed illa condicticia actione id persequi debet, per quam certam petitur.

Eine Interpolation anzunehmen[4]), ist durch nichts begründet.[5]) Aus der Entscheidung folgt auf jeden Fall, daß für die condictio das certum charakteristisch ist, und zwar so sehr, daß man bei der Stipulation auf certum nicht die

[1]) Vgl. Lenel, Édit I 276 [4], v. Mayr, Condictio incerti, Z. d. S. St. XXIV 276/277, XXV 188 (wobei v. Mayr XXIV 277 [2] es dahingestellt sein läßt, ob das prätorische Edikt die beiden Formeln, nämlich auf certa pecunia und auf certa res, enthalten habe). — [2]) D. h. mit der condictio gemäß Ulp. 24 D. 12, 1 (oben S. 25). Vgl. noch Quint. a. a. O. IV 2 § 61, VIII 3 § 14, XII 10 § 70 und, sofern wir die Identität von condictio und actio certae creditae pecuniae festhalten, Cicero pro Q. Roscio c. 4 §§ 10. 13, Lex Rubria c. XXI, Seneca, de benefic. III 7 § 1. — [3]) Vgl. G. IV 49. 50. — [4]) Dies tun Naber, Observat. de iure romano, Mnemosyne XX 112, Stintzing, Beiträge z. röm. Rechtsgeschichte (1901) 57 [1]. — [5]) So auch Pernice, Realverbalkontrakt, Parerga IV, Z. d. S. St. XIII 252 [4 a. E.]. Vgl. noch Baron, Condictionen 127 fg., dem gegenüber aber bemerkt werden muß, daß an erster Stelle aus der Ulpianischen Entscheidung der Gegensatz zwischen certum und incertum folgt. Der Gegensatz zwischen abstrakter und kausaler Fassung der Formel (G. IV 136) ergibt sich erst in weiterer Konsequenz.

Stipulationsklage, sondern die condictio eingreifen ließ.[1]) Wie dies zu erklären ist, interessiert uns an dieser Stelle nicht: es handelt sich um die Frage, von welchem Gesichtspunkte aus die Klage aus der Stipulation als Bereicherungsklage gelten konnte.[2]) Für uns genügt es an dieser Stelle, aus unserer Entscheidung zu entnehmen, daß nur bei certum die condictio aus der Stipulation erhoben werden konnte. Daraus folgt dann, daß die actio ex stipulatu nicht zu den Kondiktionen gehört, wie behauptet worden ist.[3]) Ulpian setzt auf das schärfste die actio ex stipulatu der condictio entgegen.[4])

Auch bei Justinian, welcher die condictio incerti schon kennt[5]), kommt die condictio in erster Reihe als Klage auf certum in Betracht.

Ulp. 9 pr. D. 12, 1 Certi condictio competit ex omni causa, ex omni obligatione, ex qua certum petitur, rel.

Auch bei den byzantinischen Scholiasten erscheint die condictio durchaus als Klage, welche stets auf ein certum gerichtet ist. Schon Baron[6]) und Pernice[7]) haben hierauf aufmerksam gemacht. Die Scholiasten kommentieren bekanntlich die Justinianische Gesetzgebung und sind als Erläuterung dieser in die Basiliken aufgenommen worden.[8]) Erman[9]) weist ferner mit Recht darauf hin, daß den Scholiasten das Formularverfahren des klassischen Rechtes sehr wohl bekannt war, da sie dieses in den Originalschriften

---

[1]) Vgl. auch Baron, Condictionen 202/203. — [2]) Vgl. oben Bd. I 57 [2]. — [3]) bei v. Savigny, System V 629. — [4]) Zustimmend Baron, Condictionen 17. 127 fg. (der aber S. 127 betont, daß die Stelle nur von der condictio certi = condictio certae pecuniae spreche. Vgl. darüber oben S. 50 [2]), Pfersche, Bereicherungsklagen 39 [1, 2], Girard, Droit romain [4] 491 [5, 6], Stintzing, Beiträge 10 [2], v. Mayr, Condictio incerti, Z. d. S.St. XXV 193 [11]. 207 [6]. — [5]) Vgl. oben S. 45 [3–6]. — [6]) Condictionen 101 fg. — [7]) Sog. Realverbalkontrakt (Parerga IV), Z. d. S.St. XIII 256. 257. — [8]) Vgl. Heimbach, Über den Nutzen der Basiliken und der sog. alten Scholien für die Kritik des Digestentextes, Z. f. Rechtsgeschichte II (1863) S. 337 fg., Baron, Condictionen 100 [16–18]. — [9]) Beiträge zur Publiciana, Z. d. S.St. XIII 223. 224 und Conceptio formularum, Z. d. S.St. XIX 305 [1] und Études de droit classique et byzantin in Mélanges Ch. Appleton (Annales de l'Université de Lyon 1903) S. 213 fg., 256 fg.

der klassischen Juristen vorfanden. Nicht selten berufen sich daher die Scholiasten auf die Klagformeln der klassischen Rechtsperiode.[1]) Daraus dürfen wir natürlich nicht entnehmen, als ob die Scholiasten das klassische Recht vortragen. Die Beseitigung des Formularverfahrens, und die zur Zeit der Scholiasten herrschende cognitio extraordinaria mußten ihren Einfluß auf die Auffassung der Scholiasten von dem zu ihrer Zeit geltenden Rechte üben. Und dieses geltende Recht tragen die Scholiasten vor. So ist der Berufung der Scholiasten auf die Formeln des klassischen Rechtes nicht eine allzugroße Bedeutung beizumessen. Vielfach berufen sich die Scholiasten in byzantinischer Prunkliebe nur zur Dekoration auf die Formeln der klassischen Rechtsperiode: das Verständnis für die Formeln ist sicherlich schon im Schwinden. Wie sehr die Scholiasten vom klassischen Rechte entfernt waren, darüber gibt uns eine Scholie ein treffliches Bild.[2]) Die Basiliken entfernen sich freilich noch mehr und verstehn unter der condictio eine „actio de debito“ *(τὴν περὶ χρέους ἀγωγήν)*.[3])

Den Scholiasten ist die condictio *(ὁ κονδικτίκιος)* durchaus geläufig. Erwähnt werden die condictio ex mutuo *(ὁ δανειακὸς κονδικτίκιος)*[4]), die condictio ex lege *(ὁ ἐξ λέγε κονδικτίκιος)*[5]), die condictio indebiti *(κονδικτίκιος*

---

[1]) z. B. Schol. zu Ulp. 7 D. 2, 14 (Bas. XI, 1 c. 7 ed. Heimbach I 560. 566), Schol. des Stephanus zu Ulp. 4 D. 12, 1 (Bas. XXIII, 1 c. 4 ed. Heimbach II 591) und zu Ulp. 9 pr. D. 12, 1 (Bas. XXIII, 1 c. 9 ed. Heimbach II 595), Sch. des Cyrillus zu Ulp. 1 D. 12, 1 (Bas. XXIII, 1 c. 1 ed. Heimbach II 586). — [2]) Sch. 1 zu Pomp. 7 D. 12, 6 (Bas. XXIV 6 c. 7 ed. Heimbach III 30). — [3]) Bas. LI 4 c. 6 in f. ed. Heimbach V 98. — [4]) Sch. zu Ulp. 19 D. 50, 16 (Bas. II 2 c. 17 ed. Heimbach I 63), Sch. zu Paul. 6 D. 2, 14 (Bas. XI, 1 c. 6 ed. Heimbach I 599), Sch. zu Ulp. 7 D. 2, 14 (Bas. XI, 1 c. 7 ed. Heimbach I 599), Sch. 3 zu tit. D. 12, 1 (Bas. XXIII 1 ed. Heimbach II 584 *περὶ κονδικτικίου δανειακοῦ κέρτου*), Sch. Stephanus zu Ulp. 4 § 1 D. 12, 1 (Bas. XXIII 1 c. 4 ed. Heimbach II 591, unten § 17, I, wo die condictio ex mutuo in Gegensatz zu den anderen (Bereicherungs-)Kondiktionsfällen gestellt wird), Sch. 13 zu Ulp. 9 § 4 D. 12, 1 (Bas. XXIII 1 c. 9 ed. Heimbach II 598), Sch. 22 ib. 601, Stephanus, Sch. 5 zu Ulp. 15 D. 12, 1 (Bas. XXIII 1 c. 15 ed. Heimbach II 611), Sch. 11 zu Ulp. 11 § 4 D. 13, 7 (Bas. XXV 1 c. 11 ed. Heimbach III 59) u. a. — [5]) Sch. zu Ulp. 5 D. 2, 14 (Bas. XI 1 c. 5 ed. Heimbach I 557), Sch. 3 zu Ulp. 7

*τοῦ ἰνδεβίτου)* [1]), die condictio generalis indebiti sive sine causa *(κονδικτίκιος γενικώτατος τοῦ ἰνδεβίτου λέγω ὁ σίνε καύσα κονδικτίκιος)* [2]), die condictio causa data causa non secuta *(κονδικτίκιος καῦσα δάτα, καῦσα νὸν σεκοῦτα)* [3]), die condictio sine causa *(κονδικτίκιος σίνε καύσα)* [4]), die condictio ex iniusta causa *(κονδικτίκιος ἐξ ἰνιούστα καύσα)* [5]), die condictio ob turpem causam *(κονδικτίκιος ὀβ τούρπεμ καύσαμ)* [6]), die condictio furtiva *(ὁ φούρτιβος κονδικτίκιος)* [7]), die condictio generalis *(ὁ γενικὸς κονδικ-*

---

D. 2, 14 (Bas. XI 1 c. 7 ib. I 563), Sch. 1 zu 8 C. 4, 10 (Bas. XXIV 3 c. 12 ed. Heimbach III 23), Sch. 2 zu 1 C. 5, 3 (Bas. XXVIII 3 c. 1 ed. Heimbach III 160), Sch. zu 22 C. 6, 30 (Bas. XXXV 14 c. 89 ed. Heimbach V 918) u. a.

[1]) Stephanus zu Ulp. 4 § 1 D. 12, 1 (Bas. XXIII 1 c. 4 ed. Heimbach II 591, unten § 17, I), Sch. 20 zu Ulp. 9 § 8 D. 12, 1 (Bas. XXIII 1 c. 9 ed. Heimbach II 600), Sch. 5 und 7 zu Ulp. 14 D. 12, 1 (Bas. XXIII 1 c. 14 ed. Heimbach II 609. 610), Stephanus Sch. 7 zu Paul. 31 D. 12, 1 (ib. c. 31, II 626), Sch. 3 zu Paul. 9 § 1 D. 12, 4 (Bas. XXIV 1 c. 9 ed. Heimbach III 6), Sch. zu 1 fg. D. 12, 6 (Bas. XXIV 6 ed. Heimbach III 29 fg.) u. a. — [2]) Stephanus zu Ulp. 4 § 1 D. 12, 1 (oben Anm. 1), Stephanus Sch. 1 zu Ulp. 1 pr. D. 12, 4 (Bas. XXIV 1 c. 1 ed. Heimbach III 1) u. a. — [3]) Schol. zu Ulp. 7 D. 2, 14 (Bas. XI, 1 c. 7 ed. Heimbach I 599. 566), Stephanus zu Ulp. 4 § 1 D. 12, 1 (Bas. XXIII, 1 c. 4 ed. Heimbach II 591, unten § 17, I), Stephanus Sch. 1 zu Ulp. 1 pr. D. 12, 4 (Bas. XXIV 1 c. 1 ed. Heimbach III 1), Sch. 16 und Sch. 3 zu Ulp. 5 § 9 und 43 pr. D. 23, 3 (Bas. XXIX 1 c. 1 und 39 ed. Heimbach III 351 und 377) u. a. — [4]) Sch. zu tit. D. 12, 1 (Bas. XXIII, 1 ed. Heimbach II 585), Stephanus zu Ulp. 4 § 1 D. 12, 1 (oben Anm. 3), Sch. 7 ib. Heimbach II 592, Sch. zu 1 fg. C. 4, 9 (Bas. XXIV 3 ed. Heimbach III 20 fg.), Sch. 3 zu Paul. 6 § 3 D. 25, 2 (Bas. XXVIII 11 c. 6 ed. Heimbach III 302), Sch. 5 zu Ulp. 9 § 3 D. 23, 3 (Bas. XXIX 1 c. 5 ed. Heimbach III 356) u. a. — [5]) Sch. zu tit. D. 12, 1 (Bas. XXIII, 1 ed. Heimbach II 585), Sch. 1 zu Ulp. 6 D. 12, 5 (Bas. XXIV 2 c. 6 ed. Heimbach III 17), Sch. zu 3 fg. C. 4, 9 (Bas. XXIV 3 ed. Heimbach III 20 fg.) u. a. — [6]) Stephanus zu Ulp. 4 § 1 D. 12, 1 (oben Anm. 3), Sch. 2 zu Ulp. 1 § 1 D. 12, 4 (Bas. XXIV 1 c. 1 ed. Heimbach III 1), Sch. zu 1 fg. D. 12, 5 (Bas. XXIV 2 ed. Heimbach III 15 fg.), Sch. zu Ulp. 1 pr. D. 13, 3 (Bas. XXIV 8 c. 7 ed. Heimbach III 43), Sch. 6 zu Ulp. 3 § 2 D. 3, 6 (Bas. LX 1 c. 3 ed. Heimbach V 228) u. a. — [7]) Sch. zu Paul. 17 D. 2, 14 (Bas. XI, 1 c. 17 ed. Heimbach I 586), Sch. zu tit. D. 12, 1 (Bas. XXIII, 1 ed. Heimbach II 585), Stephanus zu Ulp. 4 § 1 D. 12, 1 (oben Anm. 3), Sch. 4 zu Paul. 31 D. 12, 1 (Bas. XXIII 1 c. 31 ed. Heimbach II 625), Cyrillus Sch. 1 zu Paul. 14 D. 12, 4 (Bas. XXIV 1 c. 14 ed. Heimbach III 7), Sch. 1 zu Paul. 3 § 2

*τίκιος).*[1]) Aufmerksam gemacht sei auf die condictio de bene depensis *(ὁ ἀπὸ καλοῦ δαπανήματος κονδικτίκιος)*[2]), welche eine besondere Rolle bei den Scholiasten gespielt zu haben scheint.

Was nun die Zusätze certum, certi, incertum und incerti betrifft, so kennen die Scholiasten die Ausdrucksweise certum condicere *(κέρτως κινεῖν)*[3]), auch certa condictio *(ὁ κέρτος κονδικτίκιος)*[4]), certa condictio generalis *(ὁ κέρτος γενικὸς κονδικτίκιος).*[5])

Auch ist den Scholiasten die Ausdrucksweise certi condictio *(κέρτι κονδικτίκιος)*[6]) bekannt, wofür synonym die schon erwähnte certa condictio gebraucht wird. Unter

---

D. 25, 2 (Bas. XXVIII 11 c. 3 ed. Heimbach III 300), Sch. 1 zu 10 C. 6, 2 (Bas. LX 6 c. 27 ed. Heimbach V 396), Sch. zu 1 fg. D. 13, 1 (Bas. LX 10 ed. Heimbach V 424 fg.), Sch. 45 zu Ulp. 14 § 16 D. 47, 2 (Bas. LX 12 c. 14 ed. Heimbach V 463) u. a.

[1]) Stephanus zu Ulp. 4 § 1 D. 12, 1 (oben S. 54 Anm. 3), Sch. 5 und 7 ib. Heimbach II 592, Sch. 9 zu Ulp. 13 § 2 D. 12, 1 (Bas. XXIII 1 c. 13 ed. Heimbach II 609), Stephanus zu Paul. 29 D. 12, 1 (ib. c. 29, II 623), Sch. 2 zu Ulp. 17 § 1 D. 25, 2 (Bas. XXVIII 11 c. 17 ed. Heimbach III 305), Sch. 5 zu Ulp. 43 § 1 D. 23, 3 (Bas. XXIX 1 c. 39 ed. Heimbach III 379), Sch. 1 zu Paul. 19 D. 13, 1 (Bas. LX 10 c. 19 ed. Heimbach V 445) u. a. — [2]) Sch. 14 zu Ulp. 11 § 2 D. 12, 1 (Bas. XXIII 1 c. 11 ed. Heimbach II 605), Sch. 2. 3. 6. 7. 8 zu Pomp. 12 D. 12, 1 (ib. c. 12, II 606. 607), Sch. 4. 5. 7. 10 zu Ulp. 13 D. 12, 1 (ib. c. 13, II 607. 608. 609), Sch. 5. 6 zu Ulp. 14 D. 12, 1 (ib. c. 14, II 609. 610), Sch. 2. 4. 6. 7 zu Ulp. 18 D. 12, 1 (ib. c. 18, II 613. 614. 615), Sch. 7 zu Jul. 19 D. 12, 1 (ib. c. 19, II 617) u. a. Vgl. unten § 17, I. — [3]) Stephanus zu Ulp. 9 pr. D. 12, 1 (Bas. XXIII, 1 c. 9 ed. Heimbach II 595). — [4]) Stephanus zu Ulp. 9 pr. D. 12, 1 (Bas. XXIII, 1 c. 9 ed. Heimbach II 595), Schol. zu tit. D. 12, 1 (Bas. XXIII, 1 ed. Heimbach II 584), Schol. 3 zu tit. D. 12, 1 (ib. 585), Stephanus Sch. 2 zu Ulp. 1 D. 12, 1 (Bas. XXIII, 1 c. 1 ed. Heimbach II 587), Schol. 15 (ib. Heimbach II 589), Stephanus Sch. 4 und 6 zu Ulp. 4 § 1 D. 12, 1 (Bas. XXIII 1 c. 4 ed. Heimbach II 591. 592, unten § 17, I), Cyrillus Sch. 6 zu Paul. 28 § 4 D. 12, 1 (Bas. XXII 5 c. 28 ed. Heimbach II 551), Sch. 3 zu Ulp. 17 § 2 D. 25, 2 (Bas. XXVIII 11 c. 17 ed. Heimbach III 306: *ὁ φανερὸς ἀπαιτητικὸς λόγος*) u. a. — [5]) Stephanus zu Ulp. 4 § 1 D. 12, 1 (Bas. XXIII, 1 c. 4 ed. Heimbach II 591, unten § 17, I) u. a. — [6]) Sch. 1 zu tit. D. 12, 1 (Bas. XXIII, 1 ed. Heimbach II 584), Stephanus Sch. 2 zu Ulp. 1 D. 12, 1 (ib. Heimbach II 586) u. a. Jedoch ist die Ausdrucksweise certa condictio *(ὁ κέρτος κονδικτίκιος)* die bei weitem häufigere.

der condictio certi wie überhaupt unter der condictio auf certum verstehn die Scholiasten namentlich die condictio certae pecuniae[1]):

Schol. 1 zu tit. D. 12, 1 (Bas. XXIII, 1 ed. Heimbach II 584) *ἐγὼ δὲ οἶμαι, τὸ μὲν δῆλον εἰπεῖν, ὡς ἡ παραγραφή φησιν διὰ τὰ νομίσματα* (Ego autem puto, per verbum quidem certum significari nummos, ut ait adnotatio).

Die Sondermeinung des unbekannten Scholiasten (ego autem puto) bezieht sich auf die Interpretation des si certum petetur in der Titelüberschrift D. 12, 1. Man kann nämlich das si certum petetur beschränkend auffassen[2]), so daß es nur die bestimmte Geldsumme umfaßt. Dem gegenüber meint der Scholiast, daß das Geld immer ein certum ist (*κέρτος γάρ εἰσιν αὐτά, καὶ ἐπ' αὐτοῖς κέρτος κονδικτίκιος κινεῖται* — certi enim sunt, et de his certi condictio intenditur). Der Scholiast schließt offenbar die Möglichkeit aus, daß der Kläger mit der condictio eine unbestimmte Geldsumme einfordern könnte. Daher ist die Auffassung des si certum petetur als Einschränkung, so daß nur dann eine Geldsumme mit der condictio certi eingeklagt werden kann, wenn die Größe der Geldsumme bestimmt angegeben ist, die genauere. Und dieser Auffassung gibt dieselbe Scholie in der Fortsetzung Ausdruck.

*Τὸ ἐάν ἐστι δῆλον, διὰ τὸν κέρτι κονδικτίκιον. οὗτος γὰρ ἐπὶ φανερᾷ ποσότητι νομισμάτων κινεῖται* (Ait, si certum sit, propter certi condictionem. Haec enim intenditur de certa quantitate nummorum).

Die Frage, ob in dem 'si certum petetur' eine Beschränkung für das Anwendungsgebiet der condictio enthalten sei oder ob das certum zum Wesen jeder condictio auf Geld gehöre, scheint die Scholiasten weitläufig beschäftigt zu haben, da eine Scholie an derselben Stelle wiederum auf die Frage eingeht, wobei auf Stephanus verwiesen wird, aber wieder der Standpunkt vertreten ist, daß das certum Geld bezeichne, da dies meist ein certum sei:

---

[1]) So auch Heimbach, Creditum 47. — [2]) Vgl. auch Pernice a. a. O. Parerga IV, Z. d. S.St. XIII 257.

*ἐάν ἐστι δῆλον καὶ ἐπαιτεῖται*] *Τοῦτο εἶπε δηλῶν τὰ ἀργύρια. κέρτα γὰρ ὡς ἐπὶ τὸ πλεῖστόν εἰσιν.* (Si certum sit et petatur] Hoc dixit, pecuniam significans. Certa enim plerumque est.)

Man geht wohl nicht fehl, wenn man dieser ganzen Erörterung das Bestreben entnimmt, die condictio certi auf die condictio certae pecuniae zu beschränken.[1])

Dies Bestreben ergibt sich mit voller Klarheit aus

Cyrillus Sch. 1 zu Ulp. 1 D. 12, 1 (Bas. XXIII, 1 c. 1 ed. Heimbach II 586) *φησὶ δὲ καὶ ὁ Οὐλπιανὸς ἐν τῷ ἑξῆς βιβ. τιτ. γ΄. διγ. α΄. ὅτι ὁ παρὼν κονδικτίκιος ἐπὶ ἀργυρίων καὶ μόνων ἔχει χώραν. κέρτον δὲ ὡς ἐπὶ τὸ πλεῖστόν φησι τὰ ἀργύρια. ὁ μέντοι τριτικάριος κονδικτίκιος, περὶ οὗ διαλαβεῖν ἐπαγγέλλεται ὁ αὐτὸς τιτ. γ΄. — χώραν ἐπὶ παντὸς ἔχει πράγματος, πλὴν ἀργυρίων* (Ait autem etiam Ulpianus lib. sequenti tit. 3 dig. 1 hanc condictionem in pecunia tantum numerata locum habere. Certum enim plerumque dicitur pecunia numerata. Condictio tamen triticaria, de qua idem titulus 3 — in omni re locum habet praeter pecuniam numeratam;

Auf das deutlichste ist hier ausgesprochen, daß nach Auffassung des Scholiasten Cyrillus[2]) die condictio certi nur die condictio certae pecuniae umfaßt, während die condictio rei heißt condictio triticaria.

Andererseits läßt sich aber feststellen, daß das Bestreben, die condictio certi nur da anzunehmen, wo es sich um die Rückforderung einer bestimmten Geldsumme handelt, nicht allgemein gebilligt wurde. Denn es wird in einer Scholie 3. an derselben Stelle[3]) hervorgehoben, daß mit der condictio certi auch eine bestimmte Sache gefordert werden könne.

---

[1]) Vgl. Sch. 5 zu Ulp. 4 § 1 D. 12, 1 (Bas. XXIII 1 c. 4 ed. Heimbach II 592), wo ausgeführt wird, daß die condictio certi ihrem Wesen nach nur auf Geld gehe, während die condictio rei an sich gegen die Natur der condictio verstoße. — [2]) Dieselbe Auffassung hat der Scholiast Stephanus Sch. 2 ib. Heimbach II 586. Vgl. noch Cyrillus Sch. 1 zu Ulp. 9 pr. D. 12, 1 (Bas. XXIII 1 c. 9 ed. Heimbach II 595). — [3]) zu tit. D. 12, 1 (Bas. XXIII, 1 ed. Heimbach II 585).

*καὶ τὸν κέρτον γὰρ κονδικτίκιον κινοῦντες, περὶ οὗ καὶ ἡ διδασκαλία ἐστίν, οὕτω λέγομεν· ποίησόν με, Πέτρε, δεσπότην τούτου τοῦ πράγματος ἢ τόσων τοιῶνδε ἀργυρίων* (nam etiam certam condictionem agentes, de qua hoc loco tractatus, sic dicimus: Petre, effice me dominum huius rei aut tot taliumve numerorum).

Allgemein aber folgt aus den angegebenen Zitaten, daß nach der Auffassung der Scholiasten die condictio stets auf ein certum gerichtet sein muß. Ja, es wird ausdrücklich hervorgehoben, daß, wenn der Kläger ein incertum verlangt, er die condictio nicht anstellen dürfe.[1]) Nur nach voraufgegangener Selbstschätzung könne der Kläger, welcher ein incertum verlangt, die condictio erheben, indem er das incertum selbst abschätzt und nunmehr schon die condictio auf ein certum, nämlich auf die von ihm geschätzte Geldsumme, richtet. Inwieweit dies Selbstschätzungsrecht des Klägers bei allen klägerischen persönlichen Ansprüchen zulässig ist oder nur bei Kondiktionsansprüchen auf certa res und auf ein sog. incertum, werden wir an anderer Stelle zu untersuchen haben.[2]) Hier kommt es uns nur darauf an, daß nach der Auffassung der Scholiasten die condictio stets auf ein certum gerichtet werden muß, und daß ein incertum als Gegenstand der condictio mit dem Wesen der condictio unvereinbar ist. Daß dies aber die Auffassung der Scholiasten ist, beweist nachfolgende Ausführung des Scholiasten Stephanus:

Sch. 2 zu Ulp. 9 pr. D. 12, 1 (Bas. XXIII 1 c. 9 ed. Heimbach II 595) *δυνατὸν δέ ἐστιν εἰπεῖν, ὅτι καὶ ἐπὶ τῶν ἐν φακιένδο ἐπερωτήσεων δύναταί τις τὴν τοῦ διαφέροντος ποσότητα καθ' ἑαυτὸν διατιμησάμενος κέρτως κινεῖν.*

---

[1]) So hebt der Scholiast Garidas Sch. 2 zu Ulp. 9 pr. D. 12, 1 (Bas. XXIII 1 c. 9 ed. Heimbach II 595) hervor, daß zwar die condictio aus einem contractus incertus erhoben werden könne, aber erst, nachdem das incertum ein certum geworden sei, so die Früchte erst nach der Separation. Mag auch das Beispiel des Garidas nicht glücklich gewählt sein, so ergibt sich doch daraus, daß die condictio nach seiner Auffassung nur auf ein certum gehn konnte. — [2]) unten § 17, I.

βλέπε γάρ, πῶς ἀδιαστίκτως ὁ νόμος[1]) ἐπιφέρει λέγων, ἀπὸ παντὸς συναλλάγματος ἔξεστιν ἡμῖν κέρτως κινεῖν. Θεόφιλος μέντοι ὁ μακαρίτης φησίν, μήτε ἀντὶ τῆς ἐν φακιένδο ἐπερωτήσεως μήτε ἀντὶ τῆς ἐξ ἔμπτο, ἣν ὁ ἀγοραστὴς δύναται κινεῖν, κινεῖσθαι τὸν κονδικτίκιον, καθὸ ἡ μὲν ἐν φακιένδο ἐπερώτησις κατὰ φύσιν ἰνκέρτα ἐστί. τῶν γὰρ συναλλαγμάτων τὰ μὲν κατὰ φύσιν ἰνκέρτα εἶναί φησι, ὡς τὰς ἐν φακιένδο ἐπερωτήσεις· τὰ δὲ διὰ τὴν [τῶν] συναλλασσάντων ἄγνοιαν, ὡς ἔνθα τις ἐπερωτᾷ τὰ ἐν τῇ κιβωτῷ[2])· καὶ ἐπὶ μὲν τῶν κατὰ φύσιν ἰγκέρτων οὔ φησι κινεῖσθαι τὸν κονδικτίκιον· ἐπὶ δὲ τῶν ὅσα μὴ κατὰ φύσιν, ἀλλὰ διὰ τὴν ἄγνοιαν τῶν συναλλασσόντων ἐστὶν ἴγκερτα, κινεῖσθαί φησι τὸν κονδικτίκιον· ἐπειδὴ [ἐξ ἔμπτο][3]) ὁ ἀγοραστὴς [οὐ][3]) καλῶς λέγει, σὶ πάρετ δάρε· οὔτε γὰρ ἀνάγκη τὸν πράτην δεσπότην ποιεῖν τὸν ἀγοραστήν, ἀλλὰ μόνον αὐτῷ τραδιτεύειν ἀναγκάζεται τὸ πεπράμενον, καὶ ἐπερωτᾶσθαι τὴν περὶ ἐκνικήσεως δούπλαν. ταῦτα μὲν οὖν, ὡς εἶπον, Θεόφιλος ὁ μακαρίτης. δῆλον δέ, ὅτι ὁ φάκτον ἐπερωτήσας οὐ δύναται διὰ τοῦ κονδικτικίου αὐτὸ ἰδικῶς τὸ φάκτον ἀπαιτεῖν· οὔτε γὰρ ὁ ἀγοραστὴς αὐτὸ τὸ πρᾶγμα, ἤτοι τὸ διαφέρον διὰ τοῦ κονδικτικίου τὸν πράτην ἀπαιτεῖ. ἑκάτερον μέντοι αὐτῶν διατιμησάμενος καλῶς τὸν κέρτον κινεῖ κονδικτίκιον. γενικῶς γὰρ καὶ ἀδιαστίκτως φησὶν ὁ Οὐλπιανός, ἀπὸ παντὸς συναλλάγματος κέρτου τε καὶ ἰγκέρτου δύνασθαι ἡμᾶς τὸν κονδικτίκιον κέρτον κινεῖν. ἑτέρῳ δὲ λόγῳ τὸν τῆς πλοὺς πετιτίονος κίνδυνον ἑαυτῷ παρατίθησιν ὅτι[4]) τὸ φάκτον ἐπερωτήσας καὶ ὁ ἀγοραστής.

Dici etiam potest, in stipulationibus, que in faciendo consistunt, posse quem aestimatione per se facta eius, quod interest, certum condicere. Observa enim, quomodo lex indistincte dicat, ex omni contractu licet nobis certum condicere. Theophilus tamen beatae memoriae ait, nec pro stipulatione quae in faciendo consistit,

[1]) 9 pr. D. 12, 1. — [2]) Nach Ulp. 75 § 5 D. 45, 1 (vgl. auch 47 § 1 D. 30) liegt in diesem Falle eine stipulatio certa vor. — [3]) Berechtigte Emendation von Fabrotus, welche Heimbach akzeptiert ib. II 596 nn. — [4]) muß wohl heißen ὅτε. Vgl. Heimbach, ib. II 596 o.

nec pro actione ex emto, qua emtor uti potest, condictionem intendi posse, quoniam stipulatio quidem, quae in faciendo consistit, secundum naturam incerta est. Contractuum enim quosdam secundum naturam incertos esse ait, ut stipulationes in faciendo; quosdam propter contrahentium ignorantiam, ut cum quis stipulatur quae in arca sunt. Et in his quidem, qui secundum naturam incerti sunt, ait cessare condictionem; in his autem, qui non secundum naturam sed propter contrahentium ignorantiam incerti sunt, ait condictionem intendi. In actione autem ex emto emtor [non] recte dicit: si paret dare. Neque enim venditor necesse habet emtorem dominum facere, sed tantum rem venditam tradere compellitur, et evictionis nomine duplam promittere. Haec, ut dixi, Theophilus beatae memoriae. Manifestum autem est, eum, qui factum stipulatus est, non posse specialiter factum ipsum per condictionem petere. Neque enim emtor rem ipsam, vel quod eius interest rem habere, per condictionem a venditore petit. Si tamen utrumque aestimaverit, recte certam condictionem intendit. Generaliter enim et indistincte Ulpianus ait, ex omni contractu certo et incerto posse nos certa condictione agere. Ceterum in plus petitionis periculum incidit tam qui factum stipulatur, quam emtor.

Theophilus nimmt an, daß aus einer Stipulation auf facere die condictio nicht zustehe, da das facere ein incertum sei. Ebenso könne die condictio nicht aus einem Kaufvertrage und in Konkurrenz mit der actio ex emto erhoben werden. Stephanus dagegen meint, daß in beiden Fällen die condictio zulässig sei, sofern nur der Kläger unter Selbstschätzung seinen Anspruch als certum formuliert. Also auch nach Stephanus muß die condictio ihrem Wesen nach auf certum gerichtet sein.[1])

---

[1]) Vgl. auch die Ausführungen des Stephanus Sch. 2 zu Ulp. 4 § 1 D. 12, 1 (Bas. XXIII 1 c. 4 ed. Heimbach II 591, unten § 17, I) und Sch. 6 ib. Heimbach II 592 desselben Stephanus (*καὶ ἐπὶ ἁμαρτημάτων χώραν ἔχει ὁ κέρτος κονδικτίκιος, φανεροῦ ὄντος τοῦ ἀπαιτουμένου* — etiam in delictis locum esse certae condictioni, si certum sit quod petitur).

Wir haben nunmehr uns die Frage vorzulegen, ob die Scholiasten die bei Justinian zweifellos vorkommende condictio incerti[1]) kennen. Darüber läßt sich folgendes feststellen. Die Scholiasten heben wiederholt hervor, daß die Formel der condictio auf dare oportere gehe.[2]) Die condictio auf dare oportere entspreche dem Wesen der condictio, ebenso wie das certum dem Wesen der condictio entspricht. Es bilden somit die condictio certi = condictio certae pecuniae und die condictio triticaria = condictio certae rei[3]) die Urtypen der condictio. Daneben kennen aber die Scholiasten die condictio possessionis, condictio cautionis, condictio liberationis usw., d. h. diejenigen Fälle der condictio, welche bei Justinian unter der Bezeichnung condictio incerti zusammengehalten werden.[4]) Die Scholiasten scheinen sich bewußt zu sein, daß eine condictio auf incertum unmöglich sei. Daher meint der Scholiast Garidas, daß ein incertum nur mittelbar zum Gegenstande der condictio gemacht werden könne, indem der Kläger das incertum durch Selbstschätzung in ein certum umwandelt.[5]) Und auch der Scholiast Stephanus[6]) hebt hervor, daß aus einer Stipulation auf facere der Kläger die condictio auf certum erheben könne nach erfolgter Selbstschätzung des „Interesses" auf ein certum. Im übrigen behandeln die Scholiasten die condictiones possessionis, cautionis, liberationis usw., wie Justinian, als Fälle der condictio incerti. Sie identifizieren somit das facere oportere mit dem incertum.[7]) Da-

---

[1]) oben S. 45 [3–6]. — [2]) Theophilus, Paraphr. Inst. IV 6 §§ 14. 15, Stephanus Sch. zu Ulp. 4 § 1 D. 12, 1 (Bas. XXIII 1 c. 4 ed. Heimbach II 591, unten § 17, 1), Cyrillus Sch. 1 zu Ulp. 9 pr. D. 12, 1 (ib. c. 9, II 595). — [3]) Vgl. oben S. 57. — [4]) Vgl. unten § 16, IV. — [5]) Sch. 2 zu Ulp. 9 pr. D. 12, 1 (oben S. 58 [1]). — [6]) Sch. 2 zu Ulp. 9 pr. D. 12, 1 (Bas. XXIII 1 c. 9 ed. Heimbach II 595 unten). Dies bemerkt auch Pernice a. a. O. Z. d. S.St. XIII 257 [2]. — [7]) Vgl. oben S. 18 fg., 60. Ausdrücklich wird dies hervorgehoben in Sch. 2 zu Ulp. 9 pr. D. 12, 1 (Bas. XXIII 1 c. 9 ed. Heimbach II 596): *Ἴγκερτά εἰσι τὰ ὑπὸ ἀλτερνατίονος· τοῦ γὰρ ῥέου τὴν ἐπιλογὴν ἔχοντος οὐ δύναται ὁ ἄκτωρ κέρτον τι ἀπαιτῆσαι· καὶ τὰ ἐν φακιένδο· εἰς γὰρ τὸ διαφέρον ἔχουσι τὴν καταδίκην* (Incerta sunt, quae sub alternatione debentur: nam cum reus electionem habeat, non potest actor certum quid petere: et

bei kommt die indirekte Ausdrucksweise (condicere ut possessio traderetur u. dgl.)[1]) auch bei den Scholiasten zur Anwendung.

Condictio possessionis: Cyrillus Sch. 6 zu Ulp. 12 § 2 D. 13, 1 (Bas. LX 10 c. 12 ed. Heimbach V 439) *ὁ λαβὼν τὸ κλαπὲν πρᾶγμα εἰς ἐνέχυρον κινεῖ ἰνκέρτως — εἰκότως τὸν φούρτιβον κονδικτίκιον ἰνκέρτως ὁ νόμος ἐπιτρέπει κινεῖν τῷ δανειστῇ* (Qui pignori acceperat rem furto sublatam, agit incerti — merito lex creditori dat condictionem furtivam incerti).[2])

Die condictio cautionis: Stephanus Sch. 1 zu Ulp. 5 §§ 1. 2 D. 7, 5 (Bas. XVI 5 c. 5 ed. Heimbach Supplem. I 109) *δύναται τοῦτο ποιεῖν* inde*βιτον ἴγκερτον δηλονότι κινῶν κονδικτίκιον καὶ δι' αὐτοῦ τὴν παραλει[φθεῖσαν καυτίονα ἀπ]αιτεῖν [τὸν] λεγατάριον* (facere hoc potest mota nimirum indebiti incerti condictione et per hanc a legatario omissam cautionem exigens).[3])

Die condictio liberationis: Sch. 1 zu Julian 2 pr. § 1 D. 39, 5 (Bas. XLVII 1 c. 2 ed. Heimbach IV 564) *δύνασαι δὲ καὶ κατὰ τοῦ ἐπερωτήσαντός σε ἔχειν τὸν ἴγκερτον κονδικτίκιον, ἀναγκάζων αὐτὸν λῦσαι τὴν ἐπερώτησιν* acceptilatione — *καὶ τὸν ἴγκερτον δὲ κονδικτίκιον κινῶν ἀπαιτῶ γενέσθαι μοι ἀκκεπτιλατίονα* (Potes autem etiam adversus eum, qui a te stipulatus est, habere incerti condictionem, cogens eum, ut stipulationem solvat accep-

---

quae in faciendo consistunt: in id enim quod interest, condemnationem habent).

[1]) Vgl. unten § 16, IV. — [2]) Die condictio furtiva incerti wird gegeben, weil der Kläger nicht die Eigentumsübertragung einklagt, sondern nur den Wert des Pfandrechtes; dies sei aber ein incertum. So führt aus die Sch. 7 an derselben Stelle. — [3]) Ebenso Stephanus Sch. 7 zu Ulp. 9 D. 7, 5 (Bas. ib. c. 9, I 110). Charakteristisch ist, daß Stephanus hier von condictio incerti und actio incerti synonym spricht, also eine Auffassung vertritt, welche v. Mayr zu Unrecht schon für das klassische Recht in Anspruch nimmt (vgl. unten § 16, II). Vgl. ebenso Sch. 7 zu Ulp. 3 § 10 D. 35, 3 (Bas. XLI 2 c. 3 ed. Heimbach IV 138) und Cyrillus Sch. 6 zu Ulp. 12 § 2 D. 13, 1 (Bas. LX 10 c. 12 ed. Heimbach V 439).

tilatione — et incerti condictione peto, ut fiat mihi acceptilatio).[1])

Vielfach sprechen die Scholiasten, ebenso wie Justinian[2]), in den Fällen der sog. condictio incerti nicht von der condictio incerti, sondern nur schlechtweg von der condictio.[3])

Im Resultat dürfen wir über die condictio bei den Scholiasten folgendes sagen. Auf jeden Fall erscheint den Scholiasten die condictio als Klage, welche auf certum gerichtet ist. Von der condictio incerti sprechen die Scholiasten, wie Justinian, in den Fällen der condictio auf facere oportere, d. h. bei den condictiones possessionis, impensarum, cautionis, liberationis u. dgl. Wie die Bezeichnung condictio incerti entstanden ist, darüber scheinen sich die Scholiasten nicht mehr klar zu sein. Sie heben hervor, daß ein incertum nicht Gegenstand der condictio sein könne oder höchstens mittelbar, indem der Kläger durch Selbstschätzung das incertum in ein certum umwandelt.[4]) Da die Bezeichnung condictio incerti die Vorstellung hervorrufen muß, als ob es sich um eine Klage mit unbestimmter intentio handele, so scheinen die Scholiasten dazu geneigt zu haben, die condictio incerti mit der actio incerti zu verselbigen.[5]) Während also die Scholiasten Anstoß zu nehmen scheinen an der Bezeichnung condictio incerti, wecken andererseits die condictiones possessionis, impensarum, cautionis, liberationis bei ihnen keine Bedenken. Im ganzen ist somit unser Resultat der

---

[1]) Ebenso Sch. 1 zu Julian 46 pr. D. 23, 3 (Bas. XXIX 1 c. 42 ed. Heimbach III 383). — [2]) Vgl. oben S. 45[7]. — [3]) condictio possessionis: Sch. 6 zu Ulp. 13 § 2 D. 12, 1 (Bas. XXIII 1 c. 13 ed. Heimbach II 608), Sch. 2 zu Paul. 15 § 1 D. 12, 6 (Bas. XXIV 6 c. 15 ed. Heimbach III 32), Sch. zu Ulp. 2 D. 13, 3 (ib. XXIV 8 c. 8 ed. Heimbach III 43), condictio impensarum: Sch. 1 zu Ulp. 5 pr. D. 25, 1 (Bas. XXVIII 10 c. 5 ed. Heimbach III 297), condictio cautionis: Cyrillus Sch. 6 (cf. Sch. 4. 5) zu Ulp. 3 §§ 4. 5 D. 35, 3 (Bas. XLI 2 c. 3 ed. Heimbach IV 138), condictio liberationis: Enantiophanes Sch. 8 zu Ulp. 11 § 1 D. 12, 1 (Bas. XXIII 1 c. 11 ed. Heimbach II 604), Cyrillus Sch. 1 zu Paul. 9 pr. D. 12, 4 (Bas. XXIV 1 c. 9 ed. Heimbach III 6), Sch. 1 zu Tryphon. 76 D. 23, 3 (Bas. XXIX 1 c. 72 ed. Heimbach III 417). — [4]) oben S. 61[4]. — [5]) Vgl. oben S. 62 Anm. 3.

Untersuchungen der Scholiasten nicht unbedeutend. Daß die condictio stets auf certum gehn muß, tritt hier fast noch schärfer wie bei den klassischen Juristen hervor. Für die condictio incerti erfahren wir, daß die condictio auf facere oportere eine condictio incerti ist, da das facere als incertum gilt. Andererseits wird in bezeichnender Weise hervorgehoben, daß charakteristisch für die condictio incerti ist, daß die Kondemnation auf das „Interesse" des Klägers geht.[1]) Dies führt uns vielleicht auf den richtigen Weg zur Lösung des Problems der sog. condictio incerti.[2]) Die Kondemnation auf das „Interesse" macht das Wesen der condictio incerti aus. Der Name condictio 'incerti' ist erst als weitere Folge der Interesse-Kondemnation entstanden. Da aber andererseits der Name condictio 'incerti' den Gedanken einer auf eine unbestimmte Sache gerichteten Klage nahe legen muß, so kann es nicht wundern, daß die Scholiasten bisweilen condictio incerti mit der actio incerti auf dieselbe Stufe stellten.[3])

In der Literatur wird zugestanden, daß gemäß dem Wesen der condictio dieselbe auf ein certum gerichtet ist. Nur darin unterscheiden sich die einzelnen Forscher, daß die einen — und sie repräsentieren die herrschende Ansicht — Ausnahmen zulassen und neben der condictio auf certum die condictio auf incertum anerkennen[4]), während die anderen, welchen auch wir uns anschließen, ausnahmslos nur die condictio auf certum anerkennen.[5])

VII. Ist man in der Literatur im wesentlichen einig darüber, daß das Charakteristische der condictio darin besteht, daß sie, wenigstens ursprünglich, auf certum geht, so kann man leider von einer solchen Einigkeit nicht sprechen,

---

[1]) Sch. 2 zu Ulp. 9 pr. D. 12, 1 (Bas. XXIII 1 c. 9 ed. Heimbach II 596, oben S. 61 [7]). — [2]) Vgl. unten Nr. VII und § 16, IV, 1. — [3]) Stephanus Sch. 7 zu Ulp. 9 D. 7, 5 (Bas. XVI 5 c. 9 ed. Heimbach I 110. — [4]) Siehe oben S. 15 [2]. — [5]) vor allem jetzt Pflüger, Condictio incerti, Z. d. S.St. XVII 76 und Ciceros Rede pro Q. Roscio (1904). Wir billigen aber nicht die Art und Weise, wie Pflüger die Durchführung des Grundsatzes, wonach die condictio stets auf certum geht, verwirklicht glaubt. Vgl. darüber ausführlich unten § 16, III.

wenn wir an die Frage herantreten, welche Bedeutung es hat, daß die condictio auf certum gerichtet ist. Die herrschende Ansicht begnügt sich mit der Erklärung, daß mit dem certum der Gegensatz zwischen actio certi und actio incerti gekennzeichnet werde[1]), und daß die wichtigste Folge davon ist, daß die condictio als actio certi zu einem strictum iudicium führe.[2]) Es wird zwar zugestanden, daß der Ausdruck strictum iudicium erst bei Justinian vorkommt.[3]) Aber sachlich sei der Begriff schon vorher bekannt gewesen: die actio certi führte zum iudicium, die actio incerti dagegen zum arbitrium. Der Gegensatz zwischen iudicium und arbitrium habe sich zwar formell verwischt, da beide Ausdrücke bald synonym gebraucht wurden.[4]) Aber sachlich sei der Gegensatz festgehalten worden und habe bei Justinian sogar eine neue Benennung gefunden, indem Justinian die actio certi ein strictum iudicium

[1]) v. Savigny, System V 74[n], v. Keller-Wach, Röm. Zivilpr. [6] § 88, Brinz, Pandekten I § 83, II [2] § 240 [1] S. 97. Hervorheben müssen wir aber, daß die Bezeichnung actio certi im Gegensatz zur actio incerti bei den klassischen Juristen nicht vorkommt. Gaius IV 49 fg. unterscheidet condemnatio certae pecuniae und incertae pecuniae, spricht auch von einer condemnatio incerta (51), dagegen erwähnt er nicht eine intentio certa und intentio incerta. Wohl aber kennt Gaius sachlich intentiones, welche auf certum gehn (IV 50 formula qua certam pecuniam petimus) und solche, welche auf incertum gehn (IV 131 ea scilicet formula qua incertum petimus). Jedoch kennt G. IV 131 a eine actio incerta. Desgleichen ist bei den klassischen Juristen die Bezeichnung actio incerti im Gebrauch. Vgl. darüber die Ausführungen unten § 16, II. Es ist bezeichnend für die römischen Juristen, daß sie von der allgemeinen Einteilung in actiones certi und actiones incerti nicht sprechen, da sie überhaupt stets vom Besonderen ausgehn und vielfach es überhaupt unterlassen, das Allgemeine zu formulieren. Für uns folgt daraus, daß wir aus den allgemeinen, meist erst von uns selbst gemachten Einteilungen, keine weitgehenden Konsequenzen ziehn dürfen. Daher dürfen wir auch der erst bei Justinian vorkommenden und selbst hier nicht einmal durchgeführten Einteilung in condictio certi und condictio incerti (vgl. oben S. 45 [7]) keine allzugroße Bedeutung beimessen. — [2]) Vgl. oben S. 8 [2]. — [3]) v. Savigny, System V 461. 462, Windscheid-Kipp, Pandekten I [8] § 46 [4], Girard, Droit romain [4] 1013 [2]. — [4]) Wlassak, Röm. Prozeßgesetze II 287 [7].

nannte, zu dem er die bonae fidei iudicia in Gegensatz stellte.[1]) Daraus erkläre es sich, wie Justinian[2]) dazu kam, die actio ex stipulatu in exactione dotis zu den b. f. iudicia zu rechnen, da die Klage aus der Stipulation auf certum zur condictio (Ulp. 24 D. 12, 1) und somit zum strictum iudicium führte.[3]) Der herrschenden Ansicht, wonach die condictio zu einem strictum iudicium führt, was auch wir annehmen, hat nur Baron[4]) widersprochen, indem er behauptet, daß die condictio auch aus einem Bonae-fidei-Geschäft erhoben werden könne. Baron stützt sich für diese letztere Behauptung natürlich auf seine Ansicht, wonach die condictio allgemeine Konkurrenzklage ist, und daher neben allen anderen persönlichen zivilen Klagen auftreten kann, sofern der Kläger seinen Anspruch unter Selbstschätzung als certum formuliert. Abgesehn davon, daß die römischen Juristen nicht von bonae fidei negotia sondern nur von bonae fidei iudicia sprechen, ist das Argument Barons von der allgemeinen Konkurrenz der condictio mit dem Erweis der Interpolation dieser allgemeinen Konkurrenzcondictio[5]) hinfällig.[6]) Wichtiger ist folgendes Argument von Baron[7]). Baron beruft sich auf den Rechttsatz, daß in den stricta iudicia für die Schätzung des klägerischen Anspruchs der Augenblick der litiscontestatio maßgebend sei.[8]) Dem widerspreche ausdrücklich Ulp. 3 D. 13, 3, wo hervorgehoben wird, daß für die Schätzung der mit der condictio rei (triticaria) eingeklagten Sache der Zeitpunkt der Kondemnation (tempus condemnationis) in Betracht komme. Abgesehn davon, daß das erwähnte Fragment der Interpolation verdächtig ist[9]), scheint uns auch folgende Erwägung gegen dieses Baronsche Argument zu sprechen. Wenn für die condictio gefordert wird, daß der Gegenstand der Klage als certum

---

[1]) v. Savigny, System V 101 fg., 463 fg. — [2]) § 29 J. 4, 6. — [3]) Vgl. Girard, Droit romain [4] 1013 [6]. — [4]) Condictionen 17/18, 112 fg., 125 fg., 199 fg. Über die älteren Vertreter derselben Auffassung vgl. v. Savigny, System VI 218 [o]. — [5]) Vgl. oben S. 4 [1]. — [6]) Zustimmend v. Mayr, Condictio 206 fg. und Condictio incerti, Z. d. S. St. XXV 204 [4]. — [7]) a. a. O. 119 fg. — [8]) Afric. 37 D. 17, 1, Ulp. 3 § 2 D. 13, 6. — [9]) Lenel, Paling. Ulp. 780 [2].

angegeben sei, so folgt daraus, daß der Gegenstand des Anspruchs in iure bekannt und abgemessen sein muß, und nicht erst in iudicio durch den iudex bemessen werden soll. Ist also eine certa res Gegenstand der condictio, und dies ist in fr. 3 D. 13, 3 der Fall, so darf in iudicio nur über diese certa res entschieden werden. Das schließt aber keineswegs aus, daß wegen der Geldkondemnation der Geldwert dieser certa res nach dem Zeitpunkt des Urteils bemessen werde.[1]) Der Kläger soll alles haben, was er gehabt hätte, wenn Beklagter die Sache im Augenblick der litiscontestatio restituiert hätte.[2]) Es ist zu erinnern, daß vom Augenblick der litiscontestatio dem Kläger auch im strictum iudicium die omnis causa zugesprochen wird[3]), und daß die Wertsteigerung der Sache seit der Litiskontestation sehr wohl als omnis causa zur Geltung kommen kann.[4]) Wir brauchen uns daher weder auf die mögliche Interpolation zu stützen, noch der gezwungenen Ansicht von Savigny[5]) zu folgen, daß condemnationis tempus in unserem Fragment gleichbedeutend sei mit formulae conceptae tempus. Wir vermögen somit nicht der Auffassung von Baron zu folgen, wonach die condictio nicht immer zu einem strictum iudicium führe.

Billigen wir daher durchaus die Auffassung der herrschenden Ansicht, wonach die condictio zu einem strictum iudicium führt, so meinen wir doch, daß wir noch eine Antwort darauf zu geben haben, was wir unter dem certum bei der condictio zu verstehn haben. Wie muß der Gegenstand der condictio beschaffen sein, damit wir von ihm sagen können, daß er certum ist? Das ist die Frage, welche wir nunmehr zu beantworten haben.

Was certum ist, besagt

---

[1]) So löst sich wohl die angebliche Meinungsverschiedenheit unter den römischen Juristen, welche Karlowa, Röm. Rechtsg. II 599 [3. 4] annimmt. Vgl. zur Interpretation von 3 D. 13, 3 auch v. Mayr, Condictio 207. — [2]) Vgl. Pernice, Labeo II [2], 1 S. 351 [1] mit Bezug auf Paul. 31 pr. D. 12, 1 und Pap. 2 D. 22, 1 auch für die persönlichen iudicia stricta. — [3]) Vgl. oben S. 9 [2]. — [4]) Vgl. Paul. 31 pr. D. 12, 1. Zustimmend Kipp, v. condictio in Pauly-Wissowa, Realencyclop. 851, 50. — [5]) System VI 221.

5*

Paul. 6 D. 12, 1 Certum est cuius species vel quantitas, quae in obligatione versatur, aut nomine suo aut ea demonstratione quae nominis vice fungitur qualis quantaque sit ostenditur. nam et Pedius libro primo de stipulationibus nihil referre ait, proprio nomine res appellatur an digito ostendatur an vocabulis quibusdam demonstratur: quatenus mutua vice fungantur, quae tantundem praestent.

Da Paulus sich auf Pedius beruft, und Pedius in seinem Werke über die Stipulationen die Frage untersucht, was certum sei, so ist die Annahme berechtigt, daß Pedius die Bedeutung des certum untersucht habe mit Rücksicht darauf, daß die Klage aus der Stipulation auf certum die condictio ist.[1]) In demselben Zusammenhang stellen die Bedeutung des certum fest:

Gaius 74 D. 45, 1 Stipulationum quaedam certae sunt, quaedam incertae. certum est, quod ex ipsa pronuntiatione apparet quid quale quantumque sit, ut ecce aurei decem, fundus Tusculanus, homo Stichus, tritici Africi optimi modii centum, vini Campani optimi amphorae centum.

Ulp. 75 pr. D. 45, 1 Ubi autem non apparet, quid quale quantumque est in stipulatione, incertam esse stipulationem dicendum est.

Aus den angegebenen Entscheidungen folgt, daß als certum alles gilt, was nach Inhalt und Umfang bekannt ist. Unter das certum fällt somit sowohl eine bestimmte Geldsumme, als auch eine bestimmte Sache, sei die letztere eine Spezies- oder eine Genussache.[2]) Es ist daher nicht ganz richtig, wenn v. Mayr[3]) annimmt, daß ein certum nur da vorliege, wo der Gegenstand der condictio dargestellt werde durch einen „ziffermäßig bestimmten Geldwert". Daraus folgert v. Mayr[4]), daß auch die certa res mit der actio certae creditae pecuniae (= condictio certae pecuniae) eingeklagt werden konnte, sofern nur der Geld-

[1]) Ulp. 24 D. 12, 1. — [2]) Das quid quale quantum umfaßt auch die Genussache, wie Paul. 8 pr. D. 18, 6 angibt. — [3]) Condictio 24. 205 fg. — [4]) a. a. O. 30 [7] und Condictio incerti, Z. d. S.St. XXIV 276 [8].

wert der bestimmten Sache ziffermäßig feststand. Es erinnert diese Auffassung v. Mayrs an die Vorstellung, welche Baron von der condictio certi hat[1]), wogegen wir[2]) bereits ausgeführt haben, daß die condictio certi keineswegs bloß die condictio auf certa pecunia, sondern auch die condictio auf certa res umfaßt. Daß die condictio auf certa res mit der condictio certae pecuniae geltend gemacht werden kann, ist erst eine Neuerung der Scholiasten, wonach in allen Kondiktionsfällen die condictio certae pecuniae unter Selbstschätzung durch den Kläger konkurrierend mit der condictio certae rei und der sog. condictio incerti auftritt.[3]) Wir müssen also bei unserer Auffassung verbleiben, wonach aus den angegebenen Quellenentscheidungen[4]) sich ergibt, daß als certum derjenige Gegenstand der Klage gilt, welcher nach Inhalt und Umfang bekannt und insofern auch bestimmt ist. Aber aus der Auffassung v. Mayrs läßt sich der richtige Gedanke ableiten, daß der Gegenstand der condictio seinem Sachwerte nach schätzbar sein muß. Schätzbar ist aber nur das, was nach Inhalt und Umfang schon bekannt ist. Was noch unbekannt ist, kann natürlich nicht geschätzt werden. Daher ist das „Interesse" ein incertum.[5]) Mit dem certum kommt also zum Ausdruck, daß der Gegenstand der condictio schon in iure nach Inhalt und Umfang bekannt sein muß, da ja die condictio direkt auf den Gegenstand gerichtet wird[6]), und demnach der Gegenstand der condictio in der intentio der Formel angegeben werden muß.

Aber gerade mit Rücksicht auf die condictio ist die angegebene Bedeutung des certum noch nicht erschöpfend. Wir wissen, daß die condictio auf dare oportere einer

---

[1]) Vgl. oben S. 27 [2]. — [2]) oben S. 47 fg. — [3]) Vgl. unten § 17, I. Jedoch kann von vorneherein bei der Schätzung der unrechtmäßigen Bereicherung im arbitrium in iure diese Schätzung in Geld stattfinden. Dann kommt überhaupt nicht eine condictio certae rei, sondern nur eine condictio certae pecuniae in Betracht. Vgl. darüber unten § 16, IV, 1 gegen Ende. — [4]) Paul. 6 D. 12, 1, Gaius 74 D. 45, 1, Ulp. 75 pr. D. 45, 1 (oben S. 68). — [5]) Paul. 68 D. 45, 1 (unten § 16, IV, 1 gegen Ende). — [6]) Vgl. oben S. 14. 15.

bestimmten Geldsumme oder einer bestimmten Sache ging.[1]) Wir wissen aber weiter, daß in den Fällen der sog. condictio incerti der Kläger von dem Beklagten nicht ein dare d. h. Eigentumsverschaffung[2]) fordert, sondern ein facere, als Besitzübertragung, Eingehung oder Quittierung einer Obligation u. dgl.[3]) Da sich somit ein gewisser Gegensatz zwischen dare oportere und facere oportere findet, da andererseits wenigstens bei Justinian ein Gegensatz zwischen condictio certi und condictio incerti vorkommt, so liegt es nahe, den Gegensatz zwischen condictio dare oportere und condictio facere oportere mit dem Gegensatz condictio certi und condictio incerti zu verselbigen. Dies tut denn auch die herrschende Ansicht[4]), unserer Meinung nach zu Unrecht. Wir haben also zu untersuchen, ob ein dare oportere immer als certum gilt, und ein facere oportere immer als incertum. Wir haben nun schon gesehn, daß die römischen Juristen die Bedeutung des certum insbesondere mit Rücksicht auf die Stipulation auf certum untersuchen, da aus einer solchen Stipulation die condictio (und nicht die actio ex stipulatu) eingreift.[5]) Für die römischen Juristen war es also von Wichtigkeit festzustellen, in welchen Fällen eine stipulatio auf certum vorliegt, und in welchen Fällen dies nicht der Fall ist. Ja es wird uns mit Rücksicht auf diese Frage, sogar von einer Unterscheidung zwischen stipulationes certae und stipulationes incertae gemeldet.[6])

So haben wir diesen Gegensatz zwischen stipulationes certae und stipulationes incertae in näheren Augenschein zu nehmen. Man hat behauptet[7]), daß in dem Gegensatze zwischen stipulationes certae und stipula-

---

[1]) Vgl. oben S. 14. — [2]) Vgl. unten § 21. — [3]) Vgl. oben S. 30 [2]. — [4]) Trampedach, Condictio incerti, Z. d. S.St. XVII 114, Girard, Droit romain [4] 445 [1]. Vgl. oben S. 30 [2]. — [5]) Ulp. 24 D. 12, 1. — [6]) Gaius 74 D. 45, 1. — [7]) v. Savigny, System V 580. 581 [b], v. B.-Hollweg, Zivilprozeß II 267 fg., v. Keller-Wach, Röm. Zivilpr. [6] § 88 [1109a], P. Krüger, Prozess. Konsumtion 106 fg., Girard, Droit romain [4] 445 [1]. A. M. Brinz, Pandekten II [2] 36 [13] (§ 217), der aber an der allgemeinen Unterscheidung zwischen actiones certae und incertae festhält (oben S. 65 [1]).

tiones incertae ein allgemeiner Gegensatz zwischen contractus certi und contractus incerti enthalten sei. Dieser allgemeine Gegensatz zwischen contractus certi und contractus incerti ist nun wohl zu verwerfen. Die Ausdrucksweise contractus certi und incerti kommt außer in dem interpolierten fr. 9 D. 12, 1 [1]) nur noch zweimal [2]) vor, wobei das eine Mal noch der Text unsicher ist.[3]) Haben wir somit keinen genügenden Anhalt, einen allgemeinen Gegensatz zwischen contractus certi und contractus incerti anzunehmen, so haben wir unabhängig von einem solchen allgemeinen Gegensatz selbständig den Gegensatz zwischen stipulationes certae und stipulationes incertae zu untersuchen.[4]) Wir gehn wohl nicht fehl, wenn wir annehmen, was wir schon erwähnt haben [5]), daß die römischen Juristen gerade unter dem Einfluß der condictio dazu geführt wurden, eine Scheidung zwischen stipulationes certae und stipulationes incertae zu machen. Da aus einer Stipulation auf certum die condictio eingriff, aus einer Stipulation auf incertum dagegen die actio ex stipulatu (Ulp. 24 D. 12, 1), so war es natürlich, daß man untersuchte, in welchen Fällen die Stipulation eine stipulatio auf certum und in welchen eine stipulatio auf incertum sei.

Unter stipulatio certa verstehn die Juristen diejenige Stipulation, welche auf eine bestimmte Geldsumme oder eine bestimmte individuelle oder generelle Sache geht. Jede Stipulation mit einem anderen Gegenstand der Obligierung sei eine stipulatio incerta.

> Gaius 74 D. 45, 1 Stipulationum quaedam certae sunt, quaedam incertae. certum est, quod ex ipsa pronuntiatione apparet quid quale quantumque sit, ut ecce aurei decem, fundus Tusculanus, homo Stichus, tritici Africi optimi modii centum, vini Campani optimi amphorae centum.

---

[1]) Vgl. oben S. 4 [1]. — [2]) Florent. 18 pr. D. 46, 4 und Ulp. 1 § 6 D. 13, 5. — [3]) Vgl. Merkel, Konkurs der Aktionen 52. 53, Mitteis, Condictio generalis, Jherings Jahrb. 39, 156 [2]. — [4]) Die Byzantiner, z. B. Theophilus, leiten denn auch die Unterscheidung zwischen contractus certi und contractus incerti erst aus der Unterscheidung zwischen stipulationes certae und stipulationes incertae ab. Vgl. oben S. 60. — [5]) oben S. 68.

Ulp. 75 pr. D. 45, 1 Ubi autem non apparet, quid quale quantumque est in stipulatione, incertam esse stipulationem dicendum est. Ergo si qui fundum sine propria appellatione vel hominem generaliter sine proprio nomine aut vinum frumentumve sine qualitate dari sibi stipulatur, incertum deducit in obligationem.

Die Unterscheidung, je nachdem der Gegenstand der Stipulation genau bestimmt war, wurde so streng durchgeführt, daß die stipulatio auf ein facere als stipulatio incerta galt

Ulp. 75 § 7 D. 45, 1 Qui id, quod in faciendo aut non faciendo consistit, stipulatur, incertum stipulari videtur: rel.

Daher gilt die Stipulation eines ususfructus als incerta

Ulp. 75 § 3 D. 45, 1 Fundi certi si quis usum fructum stipulatus fuerit, incertum intellegitur in obligationem deduxisse : rel.[1])

Ja, um ein certum anzunehmen, genügte nicht, daß der Gegenstand der Stipulation objektiv bestimmt war, sondern es wurde verlangt, daß der Gegenstand nach Inhalt und Umfang sofort zutage lag[2]), und ohne daß es noch irgendwelcher Handlungen zur Bestimmung des Gegenstandes bedurfte.

Ulp. 75 § 6 D. 45, 1 Qui vero a Titio ita stipulatur: 'quod mihi Seius debet, dare spondes?' et qui ita stipulatur: 'quod ex testamento mihi debes, dare spondes?', incertum in obligationem deducit, licet Seius certum debeat vel ex testamento certum debeatur rel.

---

[1]) Das gleiche gilt von der Stipulation einer Servitut. Ulp. 75 § 7 D. 45, 1. Jedoch waren die römischen Juristen nicht einig, ob die Stipulation eines ususfructus als incerta gelten solle, wie Baron, Condictionen 115 [8] mit Recht hervorhebt. — [2]) Damit hängt wohl auch zusammen, daß aus der Stipulation mit angehängter clausula doli die actio ex stipulatu und nicht die condictio eingreift, daß also eine solche Stipulation als incerta gilt. Vgl. dazu v. Savigny, System V 495 fg., Pernice, Labeo II [2], 1 S. 165 [8. 9]. Die Stipulation auf das 'Interesse' gilt gleichfalls als stipulatio incerta. Paul. 68 D. 45, 1.

Ja, man kam auf diesem Wege zur Haarspalterei, wie Ulpian in der letzten Stelle selbst zugibt in der unmittelbaren Fortsetzung

> quamvis istae species vix separari possint ab ea, quam proposuimus de vino vel oleo vel tritico, quod in horreo repositum est:

Das vinum in horreo gilt aber als certum[1])

> ib. § 5 Sed qui vinum aut oleum vel triticum, quod in horreo est, stipulatur, certum stipulari intellegitur.

Ulpian macht mit Recht darauf aufmerksam, daß auch in diesem Falle der Gegenstand der Stipulation eigentlich nicht offen zutage liege, da das Getreide etc. in dem Speicher erst festgestellt werden müsse; das sei aber fast ebenso, wie wenn die Schuld des Seius erst festgestellt werden müsse. Dergleichen Haarspaltereien kommen in unserer Frage der certa und incerta stipulatio häufiger vor.[2]) Und schon deswegen muß sich der Argwohn aufdrängen, ob nicht die ganze Einteilung in stipulationes certae und incertae erst aus nachklassischer Zeit stamme.[3]) Es scheint diese Einteilung daraus hervorgegangen zu sein, daß aus der Stipulation die condictio nur dann eingreift, wenn ein certum vorliegt (Ulp. 24 D. 12, 1), während in den übrigen Fällen die actio ex stipulatu am Platze ist.[4]) Daß die Unterscheidung davon abhängt, ob ein certum in der intentio angegeben werden kann, hebt einmal Ulpian selbst hervor

> 75 § 8 D. 45, 1 Qui illud aut illud stipulatur, veluti 'decem vel hominem Stichum', utrum certum an incertum

---

[1]) Vgl. auch Ulp. 47 § 1 D. 30. — [2]) Ulp. 75 §§ 2. 4 D. 45, 1. — [3]) Schon Baron, Condictionen 116[6] meint, daß das ganze fr. 75 D. 45, 1 vom Gesichtspunkte der condictio triticaria aus geschrieben sei. Mit der Erweisung der condictio triticaria als Interpolation der Kompilatoren (vgl. oben S. 48[6]) wäre auch die Interpolation der Unterscheidung zwischen stipulationes certae und incertae wahrscheinlich gemacht. Dagegen glaubt v. Mayr, Condictio 202, daß umgekehrt gerade die Unterscheidung zwischen stipulationes certae und incertae den Ausgangspunkt für die Scheidung zwischen condictio certi und incerti bei den Kompilatoren gebildet habe. — [4]) Vgl. oben S. 71[5].

deducat in obligationem, non immerito quaeritur: nam et res certae designantur et utra earum potius praestanda sit, in incerto est. sed utcumque is, qui sibi electionem constituit adiectis his verbis 'utrum ego velim', potest videri certum stipulatus[1]), cum ei liceat vel hominem tantum vel decem tantum intendere sibi dari oportere: rel.

Damit gewinnen wir einen Anhalt für die Bedeutung des certum bei der condictio. Es kommt damit zum Ausdruck, daß ein bestimmter Gegenstand vorhanden sein muß, damit die condictio eingreifen könne.[2]) Und wenn Gaius[3]) hervorhebt, daß die condictio selbst nach Untergang der Sache zulässig sei, so unterliegt wohl keinem Zweifel, daß auf die reale Grundlage der condictio damit verwiesen werden soll.[4]) Es muß eine bestimmte Vermögensvermehrung auf Seiten des Beklagten eingetreten sein, wenn überhaupt die condictio in Betracht kommen soll. Es kommt der Gedanke zum Ausdruck, der offenbar v. Savigny[5]) vorgeschwebt hat, als er die condictio für einen Ersatz der verloren gegangenen Vindikation erklärte, und dem wohl auch Mandry[6]) damit näher treten wollte, als er annahm, daß die condictio auf die individuelle Sache gerichtet sei, was allerdings in dieser Form nicht zutreffend ist.[7]) Aus dem certum bei der condictio hat man die Unterscheidung zwischen den stipulationes certae und incertae geschaffen, wobei man aber die Bedeutung des certum bei der condictio vollständig verlor, und den Gegensatz zwischen stipulatio certa und incerta damit begründete, daß in dem ersten Falle der Gegenstand bestimmt angegeben sei, in dem letzten Falle dagegen nicht. Damit hat aber der Gegensatz zwischen certae und incertae stipulationes auch

---

[1]) Vgl. auch Pap. 118 § 2 D. 45, 1. — [2]) Vgl. auch Huschke, Darlehn 199/200. — [3]) II 79. — [4]) Vgl. unten § 21. — [5]) System V 107 fg. 515 fg. Vgl. oben Bd. I 9. — [6]) Zur Lehre vom Gegenstande der Kondiktionen, Arch. f. zivilist. Prax. 48 (1865) 221 fg. Vgl. G. IV 33 sive enim pecuniam sive rem aliquam certam debitam nobis petamus, eam ipsam 'dari nobis oportere' intendimus; rel. — [7]) Vgl. Pernice, Labeo II [2], 2 S. 104 [1], 105 [2], auch Pomp. 19 § 2 D. 12, 6.

jede Bedeutung für die Bestimmung des certum bei der condictio verloren.[1]) Und doch wäre es für uns von großem Wert, wenn dem Gegensatz zwischen certae und incertae stipulationes jene Bedeutung zukommen würde. Es handelt sich dabei um folgende Frage. Da für die condictio das certum gefordert wird, da aber andererseits bei den Kompilatoren zweifellos eine condictio incerti vorkommt[2]), so fragt es sich, ob vielleicht nicht schon in klassischer Zeit die condictio auf ein incertum zulässig war. Für diese Frage muß es aber von großer Bedeutung sein, was die römischen Juristen als certum und was sie als incertum betrachteten. Hält es doch Pernice[3]) für eine der noch zu lösenden Fragen, ob das facere als Gegenstand der condictio notwendig für ein incertum zu gelten habe. Wir kommen zu dem Resultat, daß die Unterscheidung zwischen stipulationes certae und incertae uns keinen Anhalt für die Bestimmung des certum bei der condictio bietet.[4]) Daraus folgt aber, daß wir durch die Unterscheidung zwischen stipulationes certae und incertae uns auch nicht irreführen lassen dürfen in unseren Untersuchungen über das certum der condictio. Wir werden auf die Frage bei der Untersuchung der sog. condictio incerti zurückkommen müssen.[5]) Hier begnügen wir uns mit dem negativen Resultat, daß die Unterscheidung zwischen stipulationes certae und incertae uns keinen Anhalt für die Unterscheidung zwischen condictio certi und condictio incerti bietet. Vorwegnehmend wollen wir an dieser Stelle kurz folgendes bemerken. Die Kondemnation der condictio auf facere ging auf das „Interesse". Dies mußte den Eindruck machen, als ob hier die condictio auf ein incertum gerichtet sei. Erst

---

[1]) Schon v. Savigny, Obligationenrecht I 388 [c] glaubt, daß der ganze Unterschied zwischen stipulationes certae und incertae schon für die Römer nur einen theoretischen und keinen praktischen Wert gehabt habe. — [2]) Vgl. oben S. 45 [3–5]. — [3]) Labeo III 210 [2, 3]. Vgl. auch Girard, Droit romain [4] 493 [2]. Dagegen aber v. Mayr, Condictio incerti, Z. d. S.St. XXV 203 [3]. Ausführlich darüber unten § 16, IV. — [4]) Vgl. auch schon die zutreffenden Bemerkungen von Huschke, Darlehn 214. 215. — [5]) unten § 16, IV.

auf Grund davon kam man dazu, in dem facere ein incertum zu erblicken und in der stipulatio auf facere eine stipulatio incerta zu konstruieren.

Aber selbst, wenn wir die Unterscheidung zwischen stipulationes certae und incertae für klassisch halten, und wir geben zu, einen strikten Beweis für die Interpolation dieser Unterscheidung nicht geführt zu haben, so kann die Unterscheidung zwischen stipulationes certae und incertae nur eine formell-prozessualische Bedeutung haben, insofern bei der stipulatio certa die condictio eingreift, bei der stipulatio incerta dagegen die actio ex stipulatu.[1]) Dagegen kann die Unterscheidung zwischen stipulationes certae und incertae keine Grundlage dafür bieten, um die ganze Bedeutung der Voraussetzung des certum bei der condictio zu erfassen. Für uns entfallen daher die mühevollen, aber u. E. vergeblichen Versuche[2]), zahlreiche Kondiktionen (condictio possessionis, servitutis u. a.) unter den Begriff des certum zu zwängen. Sobald der Gegenstand der condictio in bestimmter Weise in iure vorliegt, so ist das certum vorhanden; es bedarf nicht erst einer „Ausdehnung" des certum.

Insbesondere finden wir in der Unterscheidung zwischen stipulationes certae und stipulationes incertae keinen Anhalt für die Annahme, daß das dare oportere identisch ist mit dem certum, das facere oportere dagegen identisch mit dem incertum. Denn es wird uns ausdrücklich bezeugt, daß das dare auch ein incertum sein kann, bei Ulp. 75 § 6 D. 45, 1:

---

[1]) Ulp. 24 D. 12, 1. Die Byzantiner versuchen den Gegensatz zwischen stipulationes certae und incertae mit philosophischen Erwägungen zu begründen. So z. B. Theophilus, welcher von stipulationes spricht, die „von Natur" incertae seien. Vgl. oben S. 60. Dies spricht wohl dafür, daß der Gegensatz im klassischen Recht keine Grundlage hat und überhaupt nur aus der prozessualischen Handhabung der condictio hervorgegangen ist. — [2]) Trampedach, Condictio incerti, Z. d. S.St. XVII 128 fg. 134, v. Mayr, Condictio incerti, Z. d. S.St. XXV 198 fg. 217 fg. Vgl. darüber ausführlich unten § 16, I und II.

Qui vero a Titio ita stipulatur: 'quod mihi Seius debet, dare spondes?' et qui ita stipulatur: 'quod ex testamento mihi debes, dare spondes?', incertum in obligationem inducit, licet Seius certum debeat vel ex testamento certum debeatur.

Das certum hängt also nicht davon ab, daß es sich um ein dare handelt, sondern davon, ob der Gegenstand der Stipulation in ganz bestimmter Weise in der intentio der Kondiktionsformel angegeben werden kann. Kann dies nicht geschehn, dann liegt ein certum nicht vor, und dann ist auch die condictio unzulässig.

Ob ein Zusammenhang besteht zwischen dem Erfordernis des certum bei der condictio und dem Erfordernis des certum bei der confessio in iure, darüber läßt sich bei dem heutigen Stande der Untersuchungen ein abschließendes Urteil nicht fällen. An dieser Stelle diesbezügliche Untersuchungen anzustellen, würde uns von unserer Aufgabe zu weit entfernen. Huschke[1]) und v. Mayr[2]) sind geneigt, einen solchen Zusammenhang nicht anzunehmen. v. Mayr glaubt, daß das certum bei der confessio sich nur auf die certa pecunia bezieht[3]), und daß das certum, welches etwas anderes als certa pecunia umfaßte, erst den Kompilatoren angehört.[4]) Dem steht doch aber wohl das arbitrium liti aestimandae entgegen, dessen Vorkommen bei der confessio wir schon für die klassische Zeit annehmen dürfen.[5]) Eine confessio incerti war wohl nicht zulässig.[6])

Mit aller Bestimmtheit dagegen dürfen wir sagen, daß das certum, welches bei der actio iniuriarum vorkommt

---

[1]) Darlehn 215 [2]. — [2]) Condictio incerti, Z. d. S. St. XXIV 274 [2–6]. So auch wohl Lenel, Édit I 268 [3]. — [3]) Lex XII tab. III, 1 Aeris confessi rebusque iure iudicatis XXX dies iusti sunto. Vgl. Lex Rubria c. 21. — [4]) Vgl. v. Savigny, System VII 13 fg., Karlowa, Legisaktionen 154, Demelius, Confessio 140 [1], Kipp, v. confessio in Pauly-Wissowa, Realencyclop. 864, 34 fg., 60 fg., Girard, Droit romain [4] 1000, Giffard, La confessio in iure (1900) 61 [1]. 80 fg. — [5]) Vgl. Wlassak, Gerichtsmagistrat im gesetzlichen Spruchverfahren, Z. d. S. St. XXV 164. 165 [3]. 174. 178. 180. — [6]) So Pernice, Parerga V: Tribunal und Ulpians Bücher de omnibus tribunalibus, Z. d. S. St. XIV 165 [2]. Vgl. Girard, Droit romain [4] 1000 [1], Kipp, v. confessio in Pauly-Wissowa, Realencyclop. 865, 46 fg. und Giffard a. a. O. 113 fg., 169 fg.

ohne Belang ist für die Bedeutung des certum bei der condictio. Denn das certum bei der actio iniuriarum bezieht sich nicht auf den Gegenstand des Klaganspruchs, sondern auf den Rechtsgrund der actio. Die iniuria, welche den Rechtsgrund der actio iniuriarum bildet, muß als certum angegeben werden.

Paul. Coll. II 6 §§ 1—3 'Qui autem iniuriarum', inquit, 'agit, certum dicat, quid iniuriae factum sit et taxationem ponat non minorem quam quanti vadimonium fuerit'. certum dicit, qui suo nomine demonstrat iniuriam rel. — certum autem an incertum dicat, cognitio ipsius praetoris est. rel.[1])

Wir kommen somit zu dem Resultat, daß die Bedeutung des certum bei der condictio darin liegt, daß der Gegenstand der condictio in einer nach Inhalt und Umfang bestimmten Weise in der intentio der Kondiktionsformel angegeben werden muß. Nicht begründet ist es, das dare stets für ein certum, das facere dagegen stets für ein incertum zu halten. Es liegt daher auch kein Grund vor, warum nicht ein facere mit der condictio als certum geltend gemacht werden sollte.

## § 16.

### Die sogenannte Condictio incerti.

Sind wir in unseren bisherigen Untersuchungen zu dem Resultat gekommen, daß die condictio stets auf ein certum gerichtet ist, so fragt es sich natürlich, wie wir uns mit der sog. condictio incerti abfinden. Zwar wird heute mit Recht allgemein angenommen, daß der Zusatz incerti interpoliert ist.[2]) Aber es wird doch materiell die Existenz der sog. condictio incerti behauptet.[3]) Wir haben nämlich eine Reihe von Anwendungsfällen der condictio, in denen die Beklagte nicht zu einem dare oportere, sondern zu einem facere oportere angehalten wird: wir meinen die

[1]) Vgl. ib. §§ 4. 5. Ulp. 2 D. 2, 12, 7 pr. §§ 2. 4 D. 47, 10. — [2]) Vgl. oben S. 45 [4]. — [3]) Vgl. oben S. 16 [4].

condictiones possessionis, impensarum, habitationis, operarum, servitutis, obligationis (cautionis), liberationis. In diesen Kondiktionsfällen wird bei Justinian, wenn auch nicht immer, so doch häufig, von der condictio incerti geredet.[1]) Da dies 'incerti' interpoliert ist, so hat man doch angenommen, daß materiellrechtlich diese Kondiktionsfälle auf facere oportere zusammengehören und materiellrechtlich eine besondere Art condictio, nämlich die bei Justinian genannte condictio incerti, bilden.[2]) Es muß da unsere Aufgabe sein, festzustellen, welche Rolle diese sog. condictio incerti spielt. Ist sie eine condictio mit unbestimmter intentio, wie man aus dem Namen condictio incerti im Gegensatz zur condictio certi schließen sollte? Oder, wenn dies nicht der Fall ist[3]), wie erklärt sich der Name condictio incerti? Das Problem der condictio incerti ist in letzter Zeit mehrfach der Gegenstand scharfsinniger und eingehender Untersuchungen gewesen. Wir werden uns daher zunächst mit den Resultaten dieser Untersuchungen auseinanderzusetzen haben, was um so mehr notwendig ist, als die Forscher in diesen Untersuchungen zu entgegengesetzten Resultaten kommen. Während Trampedach und v. Mayr die materielle Existenz der condictio incerti anerkennen, leugnet dieselbe Pflüger, was unserer Auffassung entspricht. Da werden wir die einzelnen Argumente, welche für und gegen die Existenz der condictio incerti sprechen, abzuwägen haben. Da wir aber der Auffassung, auf Grund welcher Pflüger zur Leugnung der materiellen Existenz der condictio incerti gelangt, nicht beitreten können, so werden wir selbständig die Anwendungsfälle der sog. condictio incerti einer eingehenden Erörterung unterwerfen müssen. Daraus ergibt sich der Gang der nachfolgenden Ausführungen.

I. Trampedach[4]) nimmt in einer sehr scharfsinnigen Untersuchung an, daß ursprünglich die condictio immer auf ein certum gerichtet sein mußte: die condictio incerti sei

---

[1]) Vgl. oben S. 45 [5–7]. — [2]) Vgl. oben S. 16 [4]. — [3]) Vgl. oben S. 16 fg. — [4]) Condictio incerti, Z. d. S. St. XVII 97 fg. Vgl. auch oben S. 18 fg.

ein späteres Erzeugnis und vor Aristo nicht bezeugt.[1]) Namentlich Julian sei als „der eigentliche Schöpfer der condictio incerti“ zu betrachten.[2]) Das Wesen der condictio incerti bestehe aber darin, daß mit der condictio Ansprüche geltend gemacht werden, welche nicht auf dare oportere sondern auf facere oportere gehen. Da nun das dare oportere und das certum das Ursprüngliche bei der condictio ist, dagegen das facere oportere und das incertum das Spätere, so verselbigt Trampedach das dare oportere mit dem certum, dagegen das facere oportere mit dem incertum. Jede condictio auf dare oportere sei eine condictio certi, jede condictio auf facere oportere sei dagegen eine condictio incerti. Die Entstehung und Ausbildung der condictio incerti stellt sich nun Trampedach so vor, daß das facere oportere als 'Dehnung' des dare oportere aufgefaßt wurde, und daß somit auch das certum „gedehnt“ wurde. Mit Hilfe dieser „Dehnung“ des certum seien die condictio possessionis[3]) und die condictio promissionis[4]) geschaffen worden. Pomponius habe die condictio cautionis[5]) und die condictio servitutis[6]) hinzugefügt. Während nun Gaius, Scaevola und Papinian der angegebenen Ausdehnung des Anwendungsgebietes der condictio nicht geneigt waren[7]), hätten Ulpian und Paulus die Auffassung von Julian und Pomponius rezipiert.[8]) Ulpian habe sogar noch die condictio der cautio usufructuaria hinzugefügt. Alle diese Fälle der condictio betrachtet Trampedach als Fälle der condictio incerti: denn als „Ausdehnung“ des ursprünglichen Anwendungsgebietes der condictio und namentlich auch mit Rücksicht darauf, daß ein gewisser Gegensatz unter den römischen Juristen über diese Ausdehnung bestand, mußte ein Moment bestehn, welches alle diese Fälle zusammenhielt. Trampedach erblickt dies Moment darin, daß wir in diesen Fällen eben die con-

---

[1]) a. a. O. 98 [2]. 99/100. Zustimmend Lenel, Édit I 179 [3], v. Mayr, Condictio incerti, Z. d. S. St. XXV 188 [1]. 189 [1]. — [2]) a. a. O. 114 oben. Zustimmend v. Mayr a. a. O. XXV 191 [1–4]. — [3]) a. a. O. 103. — [4]) a. a. O. 115. — [5]) a. a. O. 117. 118. — [6]) a. a. O. 119. — [7]) a. a. O. 120—122. — [8]) a. a. O. 124. Zustimmend v. Mayr a. a. O. XXV 191 [7–11].

dictio incerti vor uns haben. Aber in seinen weiteren vortrefflichen Untersuchungen kommt Trampedach zu dem Resultat, welches auch unserer Auffassung entspricht, daß in allen angegebenen Fällen der sog. condictio incerti prozessualisch eine condictio auf certum vorliegt.[1]) Trampedach meint, daß alle diese Fälle der condictio operarum, usus fructus, servitutis, impensarum, obligationis, cautionis, acceptilationis prozessualisch wie die condictio certae rei behandelt wurden.[2])

Die intentio der Formel wurde auf den Gegenstand der condictio (operae, usus fructus, servitus etc.) gestellt, und die Geldschätzung wurde dann in iudicio auf Grund des quanti ea res est der Formel vorgenommen. Wo dies nicht genügte, da stellte man das quanti ea res erit der Interdiktenformel in die Kondiktionsformel ein.[3]) Ist dem aber so, so müssen wir doch fragen, wo nach Trampedachs eigenen Ausführungen die condictio incerti bleibt? Trampedach bemerkt selbst, daß alle angegebenen Ausdehnungsfälle sich als condictio auf ein certum charakterisieren.[4]) Ja, er läßt selbst in diesen Fällen die condictio auf dare oportere gehn.[5]) Daß es sich nicht um einen Unterschied zwischen dem materiellen Rechte und dem Prozeß handeln kann, ist selbstverständlich. Denn sowohl die sog. condictio incerti wie die condictio certi sind prozessualische Begriffe. Wir glauben, daß der Grund, warum Trampedach hier auf den falschen Weg gerät, darin liegt, daß man in der Literatur die condictio, welche nicht auf certa pecunia oder auf certa res geht, als condictio incerti bezeichnet. Dies sind aber ganz verschiedene Dinge. Eine Ausdehnung des Anwendungsgebietes der condictio hat stattgefunden. Aber diese Ausdehnung bestand nicht darin, daß man die condictio nun-

[1]) a. a. O. 128—134. — [2]) Zustimmend v. Mayr a. a. O. 198—203, jedoch nicht mit Bezug auf die condictio cautionis (203 [2]) und die condictio obligationis (203 [3]). Vgl. darüber unten Nr. II. — [3]) a. a. O. 132. 133. — [4]) Vgl. oben S. 80. — [5]) a. a. O. 128 fg., insbesondere 131. 132. 133 [2, 4]. 134. Zustimmend v. Mayr a. a. O. Z. d. S. St. XXV 199 fg. Dies bemerkt schon Naber, Observatiunculae de iure romano, Mnemosyne, Bibliotheca philolog. Batava XX (1892) 192.

mehr auch auf ein incertum zuließ, sondern darin, daß man die condictio zuließ, trotzdem sich nicht eine pecunia oder eine res als Vermögensvermehrung auf seiten des Beklagten feststellen ließ, trotzdem die Vermögensvermehrung auf seiten des Beklagten in anderer Weise erfolgt war. Ein certum lag in diesen Fällen ebenso vor, wie bei der condictio auf pecunia oder auf res. Das Material werden wir im Zusammenhang vorführen. Trampedach scheint sich übrigens bewußt geworden zu sein, daß er gewissermaßen in eine „Sackgasse“ geraten ist. Einmal nimmt er an, daß namentlich unter der Führung Julians eine Ausdehnung der condictio auf ein incertum erfolgt sei, andererseits stellt er aber fest, daß diese Ausdehnungsfälle sich als Anwendungsfälle einer condictio certae rei charakterisieren. Trampedach fragt daher in berechtigter Selbstkritik, worin denn eigentlich der Unterschied zwischen den älteren Anwendungsfällen der condictio und den namentlich seit Julian neu geschaffenen Anwendungsfällen gelegen habe. Bei der Beantwortung dieser berechtigten Frage lenkt Trampedach leider ab und erkennt den erwähnten Unterschied nur für die prozessualische Behandlung der condictio an. In dieser prozessualischen Behandlung habe aber ein Unterschied zwischen der condictio certi (certae rei) und der sog. condictio incerti nicht bestanden.[1]) Unserer Meinung nach richtet damit Trampedach selbst die condictio incerti. Denn wenn ein „prozessualischer“ Unterschied zwischen der condictio certi[2]) und der condictio incerti nicht bestanden hat, so folgt daraus, daß es eine sog. condictio incerti im klassischen Rechte überhaupt nicht ge-

---

[1]) a. a. O. 134/135: „Bei einem solchen Verhältnis der Fälle der sog. condictio incerti zur condictio der certa res muß sich natürlich die Frage erheben, wodurch sich denn eigentlich die Formel der condictio incerti von derjenigen der condictio der certa res unterschied? worin die Grenzlinie zwischen diesen beiden Kondiktionsformen bestand, und ob sich überhaupt eine solche finden läßt? Angesichts der gewonnenen Resultate müssen wir vermuten, daß es zur klassischen Zeit einen Unterschied zwischen der sog. condictio incerti und der condictio von certa res überhaupt nicht gab.“ — [2]) Die certa res kann hier keine andere Rolle spielen als die certa pecunia, da es sich um den Gegensatz zwischen certum und incertum handelt.

geben hat. Die Ausdehnung der ursprünglichen Anwendungsfälle der condictio von certa pecunia und certa res nunmehr auch auf solche Fälle, wo in anderer Weise eine Vermögensvermehrung auf seiten des Beklagten erfolgt ist (condictio servitutis, possessionis, liberationis etc.) hängt mit der Feststellung des Gegenstandes der condictio durch ein arbitrium in iure und mit den Grundsätzen über die aestimatio zusammen. Wir werden dies noch auseinanderzusetzen haben.[1])

Bemerken wollen wir noch, daß Trampedach annimmt[2]), daß die Opposition von Gaius, Scaevola und Papinian gegen die namentlich von Julian geförderte condictio incerti „um so weniger auffallend war, als für dieselbe in der Tat kein dringendes praktisches Bedürfnis bestand, sondern ihre Anwendung sehr wohl durch actiones in factum, actiones utiles, praescriptis verbis, actio doli, extraordinaria cognitio ersetzt werden konnte.“[3])

Im einzelnen wollen wir unsere Einwendungen gegen Trampedach erst machen, wenn wir das gesamte Material vortragen, um Wiederholungen zu vermeiden. An dieser Stelle wollen wir uns nur mit einem Punkte in den Trampedachschen Ausführungen befassen, der für sich besonders zu erörtern ist, und auf den wir nicht mehr Gelegenheit haben werden, zurückzukommen. Trampedach[4]) verwertet das quanti ea res erit der Interdiktenformel für die Konstruierung der Kondiktionsformel. Es läßt sich nämlich nicht leugnen, daß der Gegenstand der condictio ein verschiedener ist.[5]) Für Trampedach tritt da die Schwierigkeit ein, zu sagen, wo denn dieser Gegenstand der condictio festgestellt wird. Der herrschenden Meinung[6]) folgend nimmt Trampedach offenbar an, daß die condictio auf die vom Beklagten empfangene Vermögensvermehrung gerichtet ist. Der Beklagte soll das herausgeben, was er erworben hat, da diesem Erwerb ein Kondiktionsgrund entgegensteht. Nun entscheiden aber die römischen Juristen

[1]) unten § 16, IV, 1 und § 17, II. — [2]) a. a. O. 124. — [3]) Vgl. oben S. 6 [4–7]. — [4]) a. a. O. 132. Zustimmend v. Mayr a. a. O., Z. d. S.St. XXV 199 [2]. — [5]) Eingehend darüber unten § 23. Vgl. oben S. 10 fg. — [6]) Vgl. unten § 20, auch oben S. 1 [1]. 10 fg.

mit einer nicht wegzudisputierenden Deutlichkeit[1]), daß der Kläger mitunter mehr, mitunter nur weniger fordern darf, als der Beklagte empfangen hat. Trampedach meint, daß dies in iudicio durch den iudex abgemessen werde. Wie stellt sich aber dazu das strictum iudicium, zu dem die condictio führt? Nach Trampedach wurde diese Schätzungskompetenz des iudex durch das quanti ea res est der Formel vermittelt, für welches dieselbe Bedeutung in Anspruch genommen wird, welche das quanti ea res erit der Interdiktenformel gehabt hat. Mit Recht hat sich dagegen Pflüger[2]) ausgesprochen. Trampedach nimmt an, daß die condictio furtiva den Formelbestandteil quanti ea res erit gehabt habe, welcher „ursprünglich auf den Wert der res ipsa gerichtet war, seit Julian jedoch auf das Interesse.“[3]) Trampedach gesteht nun selbst zu, daß G. IV 4 und Gaius 55 § 3 D. 47, 2 sowie Ulp. 7 §§ 1. 2, 8 pr. D. 13, 1 den Sachwert der gestohlenen Sache zugrunde legen. Bei Julian 3 D. 13, 1 handelt es sich aber nicht um das „Interesse“, das der Kläger mit der condictio ex causa furtiva einklagen kann, sondern um die Akzession der gestohlenen Sache.[4]) Daß Julian den Sachwert zugrunde legt, beweist Jul. 14 § 2 D. 13, 1.[5]) Von einer Ausdehnung des für das iudicium secutorium der Interdikte geltenden Satzes, daß Beklagter auf das „Interesse“ zu verurteilen ist[6]), kann nicht die Rede sein, wie Trampedach behauptet.[7]) Gegen Trampedach spricht aber vor allem, daß die condictio ex causa furtiva auf den höchsten Wert der gestohlenen Sache geht.[8]) Mit dem quanti ea res est der Formel kann aber dieser höchste Wert nicht getroffen werden, selbst wenn, was wir nicht zugeben, das quanti ea res est das „Interesse“ umfassen würde.

Im Resultat glauben wir daher nicht, daß mit den

---

[1]) Vgl. oben S. 10. Über die Versuche Pflügers, hier überall Interpolationen nachzuweisen, vgl. unten Nr. III und § 23. — [2]) Ciceros Rede pro Q. Roscio 13. — [3]) a. a. O. 132. — [4]) Vgl. unten § 23. — [5]) si dominus condictione bovis pretium consecutus fuerit. Vgl. noch unten § 23. — [6]) Ulp. 3 § 11 D. 43, 17. Vgl. Schmidt, Interdiktenverfahren 257 [14]. — [7]) a. a. O. 133 [1]. — [8]) Vgl. oben S. 10 [3] und unten § 23.

Untersuchungen von Trampedach das Problem der condictio incerti gelöst sei. Dagegen erblicken auch wir einen gewaltigen Fortschritt für die Erkenntnis der sog. condictio incerti in den scharfsinnigen Ausführungen Trampedachs, und wir werden es versuchen, auf dem von Trampedach gewiesenen Wege fortzuschreiten. Insbesondere akzeptieren wir die Schlußfolgerung, welche Trampedach selbst zieht, daß es einen Unterschied zwischen der condictio certi und der sog. condictio incerti nicht gegeben hat.[1]) Dagegen können wir Trampedach nicht darin zustimmen, daß die Formel der sog. condictio incerti auf dare oportere gerichtet war[2]), und daß sich somit die condictiones possessionis, impensarum, servitutis, obligationis etc. als condictiones auf dare oportere vorstellen, indem die Bedeutung des dare oportere in der Weise ‚gedehnt' wurde, daß unter die condictio auf dare oportere auch die Fälle gerechnet wurden, in denen der Beklagte nicht zu der Eigentumsverschaffung (dare), sondern zu einer anderen Leistung (Besitzübertragung, Eingehung und Quittierung einer Obligation usw.) verpflichtet wurde. Unsere Aufgabe wird es ferner sein, festzustellen, wie die Bezeichnung condictio incerti entstanden ist. Und sodann werden wir zu unserer Hauptfrage vorzudringen haben, in welcher Weise prozessualisch der Gegenstand der condictio bestimmt wurde. Auch für diese Hauptfrage muß uns die sog. condictio incerti Material bieten.

II. v. Mayr hat sich in eingehender und gründlicher Weise zweimal mit dem Problem der sog. condictio incerti beschäftigt. Während vorerst v. Mayr[3]) geneigt war, der Pflügerschen Ansicht[4]) zu folgen und die materielle Existenz der sog. condictio incerti zu leugnen, ist neuestens v. Mayr[5]) davon zurückgekommen, indem er nunmehr sich Trampe-

---

[1]) oben S. 81. Vgl. auch unten Nr. II a. E. und oben S. 18. 19. — [2]) Vgl. oben S. 81 [5]. — [3]) Die condictio des römischen Privatrechtes (1900) S. 166 fg., 181 fg., 198 fg., 215 fg. — [4]) unten Nr. III. — [5]) Condictio incerti, Z. d. S.St. XXIV (1903) S. 258 fg. und XXV (1904) S. 188 fg.

dach nähert und die materielle Existenz der sog. condictio incerti anerkennt.[1])

Die Anerkennung der condictio incerti betrachtet v. Mayr[2]) als „Sieg einer kleinen Majorität". Im übrigen stimmt er aber mit Trampedach darin überein, daß die Fälle der sog. condictio incerti prozessualisch als Fälle des certum, insbesondere als Fälle der certa res aufgefaßt wurden, und daß in diesen Fällen die Formel auf dare oportere ging.[3]) Jedoch gelte dies nicht für die condictio cautionis[4]) und die condicto obligationis.[5]) In diesen Fällen liege im klassischen Rechte überhaupt keine condictio vor; bei den Kompilatoren sei hier die condictio incerti für die actio incerti interpoliert.[6]) Daraus dürfe man aber nicht schließen, daß in klassischer Zeit actio incerti und condictio incerti identisch gewesen seien.[7]) Baron erblicke sogar in jeder actio incerti eine condictio incerti.[8]) Dagegen müsse umgekehrt angenommen werden, daß jede condictio incerti eine actio incerti sei, daß die condictio incerti in der actio incerti aufgehe.[9]) So erkläre es sich, daß die Kompilatoren vielfach die condictio incerti an die Stelle der actio incerti setzten.[10]) Wir kommen auf diese Argumentation v. Mayrs alsbald zu sprechen.[11]) Vorerst soll in dem Gedankengange v. Mayrs fortgefahren werden. Da v. Mayr annimmt, daß die condictio incerti der Kompilatoren teils condictio certae rei

---

[1]) Vgl. auch oben S. 19 [2]. — [2]) a. a. O. XXV 193 [1]. — [3]) a. a. O. 198—203. Vgl. oben S. 81 [5]. — [4]) a. a. O. 203 [2]. 220 [2]—221 [4]. — [5]) a. a. O. 203 [3]. 221 [5]—230. — [6]) a. a. O. 205 [3] fg. Den Gedanken, daß bei der condictio obligationis die condictio incerti für die klassische actio incerti interpoliert sei, spricht auch schon aus Naber, Observat. de iure romano, Mnemosyne XX (1892) S. 102 fg. Das Hauptargument Nabers ist, daß wohl Ulpian, Paulus und Pomponius die condictio obligationis gekannt haben, aber nicht Julian. Naber nimmt daher an, daß schon Ulpian bei Julian die condictio incerti für die actio incerti in den Fällen der condictio obligationis interpoliert habe. Dafür aber, daß Julian die condictio obligationis noch nicht gekannt habe, beruft sich Naber S. 102 auf Jul. 46 pr. D. 23, 3. Vgl. darüber unten Nr. II. — [7]) a. a. O. 206. — [8]) a. a. O. 206 [5]. — [9]) a. a. O. 207. — [10]) a. a. O. 213 unten, 214. — [11]) unten S. 88 fg. — [12]) a. a. O. 217 „Die condictio incerti der Justinia-

teils actio incerti des klassischen Rechtes ist[12]), so sollte man meinen, daß v. Mayr die condictio incerti für das klassische Recht verwirft. Den Zusatz incerti verwirft v. Mayr mit der herrschenden Meinung, der auch wir zustimmen[1]), ebenso wie den Zusatz certi bei der condictio. Ebenso nimmt v. Mayr mit uns an, daß eine besondere Formel für die condictio incerti im Edikt nicht proponiert war.[2]) Es fragt sich also nur darum, ob materiell eine sog. condictio incerti im klassischen Recht zugelassen war. Und dies nimmt v. Mayr mit der herrschenden Meinung an.[3]) Das Wesen der condictio incerti des klassischen Rechtes erblickt aber v. Mayr darin, daß materiell der Begriff des certum „gedehnt" wurde. Auch die condictiones possessionis, impensarum, servitutis etc. gelten als condictiones eines certum.[4]) v. Mayr gerät, ebenso wie Trampedach, unserer Auffassung nach auf den falschen Weg, indem er die Entwickelung der condictio im klassischen Recht auf die Entwickelung des certum bezieht, während es sich um ein Entwickelung in der Richtung handelt, daß die condictio nicht bloß auf dare oportere zugelassen wird, sondern auch in den Fällen, wo die Vermögensvermehrung des Be-

nischen Kompilation ist daher im Sinne des klassischen Rechtes teils condictio 'certi', teils actio incerti."

1) oben S. 45[3–6]. — 2) Vgl. oben S. 16[5]. Die in der Praxis übliche Formel schloß sich nach der Auffassung v. Mayrs an die Formel der condictio certae rei an, hatte also keine unbestimmte intentio, sondern benannte den Gegenstand (servitutem imponi u. dgl.) unmittelbar in der intentio. — 3) Vgl. oben S. 15[3]. — 4) a. a. O. 217: „Die Kompilatoren bildeten — die condictio incerti, — um im Sinne des schon im klassischen Rechte laut gewordenen Widerspruches mit dem gekünstelten Begriffe des certum zu brechen" etc., S. 231: „Die condictio des klassischen Prozesses (v. Mayr leugnet der condictio den Charakter der Bereicherungsklage ab. Vgl. oben Bd. I, VI und 15 fg., sowie unten § 22) war abstrakte actio stricti iuris auf dare eines certum — certa pecunia und certa res —, die condictio incerti ging dagegen teils in dieser condictio certa, teils in der actio incerti auf. Die condictio incerti scheint also terminologisch tatsächlich Erfindung der Kompilatoren gewesen, sachlich in einer Zeit zulässig geworden zu sein, die mit dem Verschwinden des Formularprozesses das Verständnis für das besondere Kondiktionenverfahren verloren hatte." Vgl. auch 198[4].

klagten nicht durch pecunia oder res sondern in anderer Weise erfolgt ist, wo demnach die condictio auf etwas anderes als auf dare oportere gerichtet ist.[1]) Aber v. Mayr berührt in seinen gründlichen Untersuchungen noch mehrere Punkte, welche zur Klärung beitragen, und deren Erörterung, wie wir glauben, zur Stützung unserer Auffassung führen muß.

Was die Bestimmung des Gegenstandes der condictio betrifft, so folgt aus der v. Mayrschen Auffassung, wie schon aus der Trampedachschen[2]), daß der Gegenstand der condictio auf Grund des quanti ea res est der Formel im Verfahren in iudicio festgestellt wurde, in allen Fällen, in denen es sich nicht um die condictio certae pecuniae handelte.[3]) Denn v. Mayr nimmt an, daß in den Fällen, wo die condictio nicht auf certa pecunia oder certa res ging (condictio possessionis, servitutis etc.), die condictio doch auf certum, insbesondere auch auf dare oportere gestellt war.[4])

In anderen (außer den condictiones possessionis, servitutis, impensarum etc.) Fällen nimmt v. Mayr für das klassische Recht nicht die condictio incerti sondern die actio incerti an. Namentlich gelte dies für die condictiones cautionis und obligationis.[5]) Hier habe zum Teil die quasi-condictio aushelfen müssen.[6]) Auf diese sog. quasi-condictio, mit der auch Pflüger vielfach operiert, kommen wir eingehend zu sprechen.[7]) Hier sei nur kurz bemerkt, daß die sog. quasi-condictio dazu diente, um den Rechtsgrund der condictio auszudehnen, nicht dagegen sollte damit der Gegenstand der condictio geweitert werden. Aber v. Mayr[8]) nimmt weiter an, daß die condictio incerti der Kompilatoren vielfach eine actio incerti des klassischen Rechtes ersetzt habe. Im klassischen Rechte liege nur überall da eine condictio incerti vor, wo „ein materielles Rückforderungsrecht in Frage stehe.[9])“ Wir

---

[1]) Vgl. darüber die schon gegen Trampedach gemachten Ausführungen oben S. 81 fg. — [2]) Vgl. oben S. 84. — [3]) a. a. O. XXV 198 [3]. — [4]) Vgl. oben S. 86 [3]. — [5]) a. a. O. 200 fg. 220 fg. — [6]) a. a. O. 200 [10, 11]. — [7]) Vgl. unten Nr. III. — [8]) a. a. O. 193 [4–9], 205 [5], 217 fg. — [9]) a. a. O. 206 [2]. So schon Rudorff, Röm. Rechtsg. II 148 [28]. Vgl. Baron, Condictionen 218 fg.

glauben, daß v. Mayr mit dieser seiner Annahme, daß die condictio incerti der Kompilatoren vielfach an die Stelle der actio incerti getreten sei, die gewonnene reinliche Scheidung zwischen der condictio und der allgemeinen Konkurrenzklage wieder verwische, trotzdem v. Mayr zutreffend die condictio generalis für das klassische Recht verwirft.[1]) Bei der condictio handelt es sich um die Ausgleichung der unrechtmäßigen Vermögensvermehrung oder wie gut gesagt worden ist „Vermögensverschiebung".[2]) Mit dieser „Vermögensverschiebung" hat und kann die actio incerti nichts gemein haben.[3]) Actio incerti und condictio incerti liegen, unserer Meinung nach, so weit auseinander, daß nach klassischem Recht in einem Kondiktionsfall niemals die actio incerti verwendet werden konnte.

Die actio incerti ist Kontraktserfüllungsklage, die condictio ist Rückforderungsklage der unrechtmäßigen Vermögensvermehrung. Die condictio geht niemals auf Erfüllung einer übernommenen Leistungsverpflichtung.[4]) Nur wo die condictio generalis in Betracht kommt, da konnten die Kompilatoren die condictio certi wie incerti an die Stelle einer Kontraktsklage, und somit auch an die Stelle der actio incerti setzen.

Die actio incerti ist überhaupt keine selbständige Klagfigur.[5]) Aus Gaius ergibt sich, daß es mehrere Formeln gab, welche auf ein incertum gestellt waren.

G. IV 54 in incertis formulis plus peti non posse.

Im übrigen ergibt sich aus Gaius, dessen Nachrichten wir wohl für unsere Frage zugrunde legen müssen[6]), daß in ver-

---

[1]) Vgl. oben S. 4 [1]. — [2]) Collatz, Ungerechtfertigte Vermögensverschiebung (1899) 5 fg. — [3]) Die Verschiedenheit der condictio incerti und der actio incerti betonen mit Recht auf das bestimmteste Baron, Condictionen 8/9. 218, Pernice, Labeo III 206, Trampedach a. a. O., Z. d. S.St. XVII 127 [2], 148/149. — [4]) Dies gesteht v. Mayr, Condictio incerti, Z. d. S.St. XXV 206 [3] zu. So auch schon Baron, Condictionen 220. 221. — [5]) Pernice, Labeo III 206, II. Zustimmend v. Mayr a. a. O. 207. — [6]) Wir müssen Gaius für eine unserer besten Quellen halten. Vgl. statt aller Wlassak, Röm. Prozeßgesetze I 59. 134. 135. 246 [12], II 179 [22]. 205. Dagegen freilich H. Krüger, Grünhuts Zeitschrift XXVI (1899) 242—244.

schiedenen Fällen, in denen es sich um die Geltendmachung eines unbestimmten Anspruchs handelt, die formula incerta gebraucht wurde.

> G. IV 131 ea scilicet formula qua incertum petimus, cuius intentio his verbis concepta est 'Quidquid paret N. Negidium A. Agerio dare facere oportere' rel.[1])

Daher wird die actio incerti gebraucht in den Fällen, in denen eine systemisierte actio nicht vorhanden ist. In weiterer Folge davon wird der Ausdruck actio incerti gebraucht zur Charakterisierung solcher Klagen, welche zwar einen eigenen Namen haben, deren Benennung aber nicht aus einer Systematisierung in größerem Maßstabe hervorgegangen ist. Ob in diesen Fällen der Name actio incerti älter ist als der spezielle Name der Klage, läßt sich nicht entscheiden, obwohl dies wahrscheinlich ist. Ein Beispiel veranschaulicht am besten den Charakter der actio incerti. Die Klage aus einer Stipulation auf ein incertum hat nach Gaius eine formula incerta.

> G. IV 136 Item admonendi sumus, si cum ipso agamus qui incertum promiserit, ita nobis formulam esse propositam, ut praescriptio inserta sit formulae loco demonstrationis hoc modo 'Iudex esto. Quod A. Agerius de N. Negidio incertum stipulatus est, cuius rei dies fuit, quidquid ob eam rem N. Negidium A. Agerio dare facere oportet' et reliqua.

Daraus dürfen wir auf jeden Fall entnehmen, daß eine solche Formel im Edikt proponiert war (formulam esse propositam). Fragen kann man nur, ob diese Formel als „Grundschema"[2]) für alle Fälle der actio incerti proponiert war oder nur für die Klage aus einer stipulatio auf incertum. Wir glauben, daß das erstere der Fall ist. Die Klage aus einer Stipulation auf incertum wird nur als Beispiel für diejenigen Fälle angeführt, wo eine formula incerta zur Anwendung kam. Daher sagt Gaius, daß für die stipulatio auf ein incertum uns eine solche im Edikt proponierte Formel (formula incerta) zu Gebote stehe

---

[1]) Vgl. noch G. IV 136. 137 und dazu Lenel, Édit I 171 fg. — [2]) Vgl. Ehrlich, Theorie der Rechtsquellen I (1902) 141 fg.

ita nobis formulam esse propositam.[1])

Wir glauben daher, daß im Edikt als Grundschema eine Formel 'si incertum petetur'[2]) proponiert war.[3]) Daß im Edikt nur ein Grundschema für die Fälle 'si incertum petetur' proponiert war, ergibt sich auch daraus, daß die beiden anderen Formeln, welche G. IV 137[4]) erwähnt, im Edikte wohl nicht proponiert waren. Es folgt dies aus den Worten praescribi solet.[5]) Daß im Edikt eine Formel 'si incertum petetur' als Grundschema proponiert war, dafür spricht auch, daß die condemnatio cum taxatione allgemein bei der formula 'si incertum aliquid petamus' zugelassen war

> G. IV 51 Incertae vero condemnatio pecuniae duplicem significationem habet. est enim una cum aliqua praefinitione, quae vulgo dicitur cum taxatione, velut si incertum aliquid petamus rel.

Natürlich folgt daraus nicht, daß die formula qua incertum petimus nur mit Taxation gebraucht werden konnte: sie kommt auch ohne taxatio vor.[6]) Die condemnatio cum taxatione bei der actio aus der stipulatio auf ein incertum, wie sie die Lex Rubria[7]) c. XX Z. 22 fg. erwähnt, ist somit nur ein Beispiel für die condemnatio cum

---

[1]) Lenel, Édit I 172 nimmt freilich an, daß die obige Formel sich lediglich auf die stipulatio incerti bezog. — [2]) G. IV 51 si incertum aliquid petamus, G. IV 54 in incertis formulis plus peti non posse, G. IV 131 ea scilicet formula qua incertum petimus. — [3]) Lenel, Édit I 171 § 55 meint, daß die Formel proponiert war 'si cum eo agatur qui incertum promiserit'. — [4]) Si cum sponsore aut fideiussore agatur, praescribi solet in persona quidem sponsoris hoc modo 'Ea res agatur, quod A. Agerius de L. Titio incertum stipulatus est, quo nomine N. Negidius sponsor est, cuius rei dies fuit', in persona vero fideiussoris 'Ea res agatur, quod N. Negidius pro L. Titio incertum fide sua esse iussit, cuius rei dies fuit'; deinde formula subicitur. — [5]) Dies läßt auch Lenel, Édit I 172[1] zu. — [6]) Dies hebt mit Recht hervor Lenel a. a. O. 174. — [7]) 'I(udex) e(sto). S(ei), antequam id iudicium q(ua) d(e) r(e) a(gitur) eam stipulationem, quam is quei Romae inter peregreinos ius deicet in albo propositam habet, L. Seio reipromeisisset: tum quicquid eum Q. Licinium ex ea stipulatione L. Seio d(are) f(acere) oporteret ex f(ide) b(ona) d(um) t(axat) HS .... eius iudex' rel.

taxatione bei der formula 'si incertum petetur' überhaupt. In gleicher Weise glauben wir aber auch, daß die im Edikt proponierte Formel allgemein die Fälle 'si incertum petetur' umfaßte, und nicht speziell den Fall 'si cum eo agatur qui incertum promiserit'.[1]) Dafür, daß das Edikt die Formel der speziellen Klage aus der Stipulation auf incertum enthalten habe, darf man sich natürlich nicht auf die Lex Rubria c. XX Z. 24. 25 [2]) berufen: denn dort handelt es sich um die cautio damni infecti.[3]) Diese war aber besonders im Edikte proponiert.[4])

Ist nun die actio incerti nicht eine selbständige Klage, so fragt es sich doch, in welchen Fällen die actio incerti Verwendung fand. Daß es sich nur um solche Fälle handeln kann, wo nicht eine systemisierte actio vorhanden war, haben wir bereits hervorgehoben. Daß es sich aber weiter nur um persönliche Ansprüche und zwar solche auf ein incertum handeln kann, ergibt sich aus der Formel der actio incerti 'qua incertum petimus'. Wir begegnen nun zunächst der actio incerti als Klage aus einer Stipulation auf incertum.

> Pap. l. 27 quaest. 4 pr. D. 22, 1 Si stipulatus sis rem dari vacuamque possessionem tradi, fructus postea captos actione incerti ex stipulatu propter inferiora verba consecuturum te ratio suadet.

Die actio incerti erscheint hier als Erfüllungsklage. Der volle Name ist wohl hier angegeben und lautet actio incerti ex stipulatu. Die Stipulation geht auf incertum, nicht weil sie auf rem dari vacuamque possessionem tradi gerichtet war [5]), sondern weil die clausula doli hinzugesetzt war. Darauf weisen hin die Worte propter inferiora verba.[6]) Es folgt dies auch daraus, daß nach der Entscheidung Papinians selbst die später gezogenen Früchte

---

[1]) Das letztere nimmt freilich an Lenel, Édit I 171 § 55. — [2]) Vgl. oben S. 91 [7]. — [3]) Vgl. Wlassak, Röm. Prozeßgesetze I 261 [44]. — [4]) Vgl. Lenel, Édit I 59. II 101. — [5]) Mit dem facere (possessionem tradi) oportere hat das incertum nichts zu tun. — [6]) Pap. l. 27 quaest. 121 pr. D. 45, 1 Ex ea parte cautionis: 'dolumque malum huic rei promissionique abesse afuturumque esse stipulatus est ille, spopondit ille', incerti agetur. Zustimmend Pernice, Labeo II [2], 1 S. 165 [8].

auf Grund der Stipulation eingeklagt werden können. Die actio incerti ex stipulatu erscheint also als Erfüllungsklage auf einen Anspruch, welche nach Inhalt und Umfang unbestimmt ist. Schon daraus ergibt sich, daß die actio incerti im Gegensatz stehn muß zur condictio.[1]) Daraus folgt aber, daß für einen Kondiktionsfall nicht die actio incerti in Betracht kommen kann. Die erwähnte Auffassung von der actio incerti ex stipulatu wird bestätigt durch alle Entscheidungen, welche wir darüber haben.[2])

Cels. bei Ulp. 3 D. 2, 5 Cum quis in iudicio sisti promiserit neque adiecerit poenam, si status non esset: incerti cum eo agendum esse in id quod interest verissimum est, et ita Celsus quoque scribit.

Ulp. 27 § 7 D. 4, 8 Et si quis praesens arbitrum sententiam dicere prohibuit, poena committetur. Sed si poena non fuisset adiecta compromisso, sed simpliciter sententia stari quis promiserit, incerti adversus eum foret actio.

Außer als Klage aus einer Stipulation auf incertum kommt die actio incerti vor als Erfüllungsklage des Innominatkontraktes. Die Klage heißt in diesem Fall actio incerti civilis.[3]) Da die actio incerti zweifellos eine praescriptio hatte[4]), so konnte man auch statt von actio incerti von einem praescriptis verbis agere sprechen.[5])

---

[1]) Dies geht sehr deutlich hervor aus Ulp. 24 D. 12, 1. — [2]) Marcell. 59 § 1 D. 23, 3 bezieht sich wohl nicht auf die Stipulation eines incertum, sondern handelt von der dotis dictio. Zustimmend Gradenwitz, Interpolationen 23 fg. — [3]) Nerat. 6 D. 19, 5, Aristo, Cels., Ulp. 7 § 2 D. 2, 14, Pomp. 16 pr. D. 19, 5, Pap. 9 D. eod., 6 C. 4, 64 (Diocletian). Vgl. Pernice, Vertragslehre der röm. Juristen, Parerga III, Z. d. S.St. IX 248 fg. Es kommt auch die Bezeichnung actio in factum civilis vor: Jul. 7 § 2 D. 2, 14, Gaius 22 D. 19, 5. Vgl. Pernice a. a. O. 253 fg., 255 [12], 252 [2, 3], oben Bd. I 202 [2]. Aber die actio in factum 'civilis' ist höchstwahrscheinlich interpoliert, wie v. Pokrowsky, Actiones in factum, Z. d. S. St. XVI 83 fg. dargetan hat. Zustimmend Erman, Conceptio formularum, Z. d. S.St. XIX 263 [2 a. E.], Ehrlich, Theorie der Rechtsquellen I 109 [3], v. Mayr a. a. O. XXV 215 [1, 2]. — [4]) G. IV 136. Vgl. Pernice, Ulpian als Schriftsteller 8 (Sitzungsber. d. Preuß. Akademie d. Wiss. 1885 S. 450). — [5]) v. Pokrowsky a. a. O. 88: „Das 'praescriptis verbis agere' ist

Aber die actio praescriptis verbis als Erfüllungsklage des Innominatkontraktes ist erst eine Schöpfung der Kompilatoren.[1]) In klassischer Zeit gab es nur ein ediktales agere praescriptis verbis, nämlich aus dem contractus aestimatorius.[2]) Daß die actio incerti aus dem Innominatkontrakt Erfüllungsklage ist, haben wir schon hervorgehoben. Aber es lohnt sich noch hervorzuheben, daß aus einem Innominatkontrakte niemals mit der condictio derselbe Zweck erreicht werden konnte, wie mit der actio incerti, welche Erfüllungsklage war. Die actio incerti war Erfüllungsklage, die condictio ging auf Rückgabe des Hingegebenen. Es bezeugt dies:

> Paul. 5 § 2 D. 19, 5 At cum do ut facias — puta ut tabulam pingas, pecunia data locatio erit — si rem do, non erit locatio, sed nascetur vel civilis actio in hoc quod mea interest vel ad repetendum condictio.[3])

Ferner kommt die actio incerti vor als Erfüllungsklage aus einem pactum adiectum.[4])

Außer in den angegebenen Fällen kommt die actio incerti noch vor als Klage aus einem Testament.[5])

> Jul. bei Ulp. 75 § 4 D. 30 Proinde si Stichum legaverit, cum ille ei Stichum aut decem deberet, incerti actio legatario adversus heredem competit, ut scripsit Julianus — per quam actionem compellat heredem experiri: et, si Stichum consecutus fuerit, praestabit ei, si decem, nihil consequetur. secundum quod erit in arbitrio debitoris, an sit legatarius is cui Stichus legatus est.

Der Legatar schuldet dem Erblasser den Stichus oder 10. Der Erblasser vermacht ihm den Stichus. Der Legatar hat nun seine Schuld an den Erben zu zahlen, wobei ihm natür-

---

identisch mit der civilis incerti actio". Vgl. auch oben Bd. I 202 [1, 3].

[1]) Gradenwitz, Interpolationen 123 fg., Naber, Observ. de iure romano, Mnemosyne XXII (1894) 70 fg. — [2]) Wlassak, Edikt und Klageform 105, Lenel, Édit II 16, Girard, Droit romain [4] 588 [5, 6], Dernburg-Biermann, Pandekten [7] II § 7 [15], § 120 [3]. — [3]) Vgl. auch oben Bd. I 201 [4]. — [4]) Pap. 8 D. 19, 5, Ulp. 23 D. 10, 3, 22 C. 8, 53 a. 294. Vgl. Pernice, Labeo III 207 [5]. 90 fg. — [5]) Zustimmend Pernice, Labeo III 207 [1].

lich das Wahlrecht in der Alternativschuld zusteht. Das Legat kann der Legatar erst fordern, nachdem er die Wahl getroffen hat, ob er den Stichus oder 10 zahlen will. Diese Wahl kann der Legatar erst treffen, wenn der Erbe die Zahlung annimmt. Julian gibt dem Legatar die actio incerti, um den Erben zur Annahme der Zahlung (zur Klage auf Zahlung) zu zwingen. Die actio incerti geht hier also nicht auf Leistung des Legates, sondern vermittelt nur diese Leistung.[1]) Dagegen geht die actio incerti auf Leistung des Legates bei

Pap. 8 D. 7, 5 Tribus heredibus institutis usum fructum quindecim milium Titio legavit et duos ex heredibus iussit pro legatario satisdare: placebat utile esse cautionis quoque legatum — usus fructus itaque nomine partem pecuniae petendam ab eo, qui satis accepit a coherede[2]), incertique cum eo agendum, si satis non dedisset. rel.

Weil hier die actio incerti auf Leistung der cautio ging, darf noch nicht geschlossen werden, daß ein „Kondiktionsfall" vorliegt.[3]) Wir kommen auf die condictio cautionis im Zusammenhang zu sprechen.[4]) Desgleichen geht die actio incerti auf Leistung des Legates bei Paul. 1 D. 33, 2. Charakteristisch für die actio incerti ist, daß sie hier verwendet wird, um das Legat des Nießbrauchs einer Servitut wenigstens bezüglich der tatsächlichen Ausübung der Servitut zu ermöglichen.[5]) Die Formel der actio incerti ex testamento lautete:

G. II 213 quidquid heredem ex testamento dare facere oportet.

Auch aus dem Testament erscheint somit die actio incerti als Erfüllungsklage.[6])

---

[1]) Diese Aufgabe hat die actio incerti auch bei Pomp. 8 § 6 D. 34, 3. — [2]) Auf Grund der satisdatio klagt er somit sein Legat ein. — [3]) v. Mayr a. a. O. 214. — [4]) unten Nr. IV, 5. — [5]) Daraus erklärt sich, warum nicht die actio certi ex testamento eingreift. Auch bei Marcell. 59 § 1 D. 23, 3 kommt die actio incerti ex testamento in Frage, weil nicht die Herausgabe des Fideikommisses an die Fideikommissarin, sondern an deren Ehemann als Dosempfänger gefordert wird. — [6]) Vgl. Pernice, Labeo II[2], 2 S. 129[2]. Pernice a. a. O.

Es ist fraglich, ob auch die actio ad exhibendum als actio incerti auftreten kann.[1]) In dem einen Falle, wo eventuell diese Identität bezeugt ist, erscheint die actio incerti aber als Erfüllungsklage aus einer Verabredung. So dürfen weitere Konsequenzen für die condictio incerti daraus nicht gezogen werden.

In allen angegebenen Fällen erscheint die actio incerti als Erfüllungsklage. Daß derselbe Zweck mit der condictio nicht erreicht werden konnte, ergibt sich aus der allgemeinen Natur der condictio als Klage nicht auf Erfüllung aus einem Kontrakt, sondern auf Herausgabe einer unrechtmäßigen Vermögensvermehrung. In diesem Sinne wird ausdrücklich die actio incerti in Gegensatz gestellt zur condictio.

Pap. 7 D. 19, 5 agam praescriptis verbis, ut solvas quanti mea interest: aut si nihil interest, condicam tibi, ut decem reddas.

Paul. 5 § 2 D. 19, 5 nascetur vel civilis actio in hoc quod mea interest vel ad repetendum condictio.

Daß das 'praescriptis verbis agere' und die 'civilis actio' mit der actio incerti identisch sind, haben wir bereits hervorgehoben.[2]) Zugleich ergibt sich aus den angegebenen

---

93 [6]. 127 fg. zeigt, daß die actio ex testamento wohl ursprünglich eine condictio gewesen ist, daß sie sich aber in der weiteren Entwickelung davon entfernt hat. Die Entwickelung ist also umgekehrt gewesen, wie v. Mayr annimmt. Die condictio trat nicht an die Stelle der actio incerti, sondern umgekehrt die actio incerti trat an die Stelle der condictio, womit aber nicht einmal gesagt ist, daß die condictio ursprünglich in allen Fällen zulässig war, wo später die actio incerti eingriff: die condictio ging wohl nur auf Leistung des Damnationslegates eines certum, wie ja ursprünglich jedes Legat ein certum sein muß. Vgl. Paul. III 6 § 13. Die actio incerti ex testamento griff gerade in den Fällen ein, wo der Gegenstand des Legates ein incertum war. Vgl. Lenel, Édit II 97 [1, 2], welcher mit Recht darauf hinweist, daß sogar die actio certi ex testamento von der condictio verschieden gewesen ist, da die erstere nicht eine abstrakte Formel hatte: G. II 213. Vgl. auch Baron, Condictionen 17. 131 fg.

[1]) Labeo Javolen 33 D. 16, 3. In bejahendem Sinne sprechen sich aus v. Mayr a. a. O. 207 [4], 212 [8–9], zum Teil auch Lenel, Édit I 256; dagegen Pernice, Labeo III 208 [3]. — [2]) oben S. 93 [3–5].

Entscheidungen, daß die condictio grundsätzlich und ihrem Wesen nach nicht auf das „Interesse" geht[1]), während die actio incerti grundsätzlich Erfüllungs- und somit eventuell auch „Interesseklage" ist.[2])

v. Mayr[3]) beruft sich für die Unterstützung seiner Ansicht, daß die actio incerti in Kondiktionsfällen Verwendung finden konnte, darauf, daß die Formel in diesen Fällen identisch sei mit der Formel der actio incerti.[4]) Dabei sei erinnert, daß nach v. Mayr, wie überhaupt in der Literatur, von condictio incerti in den Fällen der condictiones possessionis, servitutis, obligationis, liberationis u. dgl. gesprochen wird. Wir haben bereits hervorgehoben und werden noch eingehend ausführen[5]), daß bei der condictio possessionis, servitutis usw. es sich um das Eingreifen der condictio über die Fälle des dare oportere hinaus handelt, daß aber damit keineswegs von einer ‚Ausdehnung' der condictio certi auf Fälle des incertum die Rede ist. Aber selbst von diesem unserem Standpunkt aus haben wir keinen Anhalt für die Identität der Formel der actio incerti und der condictio in den angegebenen Fällen. Im Gegenteil dürfen wir sagen, daß die Formel der actio incerti im Widerspruch steht mit allem, was wir von der Formel der condictio wissen. Auf die Formel der condictio kommen wir im Zusammenhang zu sprechen.[6]) Schon hier sei aber bemerkt, daß die condictio in den Fällen, wo es sich um Besitzübertragung, Bestellung einer Servitut u. dgl. handelt, aller Wahrscheinlichkeit nach eine Formel hatte, welche in ihrer wesentlichen Grundlage mit der Formel der condictio certae rei identisch ist.[7]) Die Formel der condictio certae rei lautete aber:

---

[1]) Grundsätzlich macht die sog. condictio incerti davon keine Ausnahme, da auch bei dieser die Kondemnation auf den Sachwert des in der intentio benannten Gegenstandes geht; nur daß der Sachwert mit dem „Interesse" des Klägers gemessen wird. Vgl. darüber unten Nr. IV, 1. — [2]) Ulp. 3 D. 2, 5 Cum quis in iudicio sisti promiserit neque adiecerit poenam, si status non esset: incerti cum eo agendum esse in id quod interest verissimum est, et ita Celsus quoque scribit. — [3]) a. a. O. XXV 213/214. — [4]) So schon v. Savigny, System V 617 fg. — [5]) unten Nr. IV. — [6]) unten § 18. — [7]) unten Nr. IV. Zustimmend Lenel, Édit I 277. Der Unterschied besteht

Si paret $N^m$ $N^m$ $A^o$ $A^o$ illum servum dare oportere, quanti ea res est, $N^m$ $N^m$ $A^o$ $A^o$ condemna, si n. p. a.[1])

Die Formel der actio incerti ist uns in ihren wesentlichen Bestandteilen erhalten und lautete für die actio incerti ex stipulatu:

Iudex esto. Quod A. Agerius de N. Negidio incertum stipulatus est, cuius rei dies fuit, quidquid ob eam rem N. Negidium A. Agerio dare facere oportet[2]), [eius iudex N. Negidium A. Agerio condemna, si non paret absolve].[3])

v. Mayr[4]) nimmt freilich an, daß die Formel der condictio in den Fällen der condictio obligationis identisch war mit der Formel der actio incerti. Daraus schließt dann später v. Mayr, daß in diesen Fällen überhaupt nicht eine condictio, sondern eine actio incerti vorliegt.[5]) Dafür haben wir aber keinen Anhalt in den Quellen. Es scheint, als ob v. Mayr durch die Formel der actio incerti bei der Aufstellung der Formel für die sog. condictio incerti sich hat beeinflussen lassen. Da drehen wir uns aber im Kreise herum, da die Identität der Formel der sog. condictio incerti und der Formel der actio incerti erst bewiesen werden muß.[6]) Das Argument v. Mayrs von der Identität der Formeln der sog. condictio incerti und der actio incerti muß daher aus unseren Untersuchungen gänzlich ausscheiden.[7])

Für die Identität der condictio incerti und der actio incerti beruft sich v. Mayr auf[8])

Jul. 19 § 2 D. 43, 26 Cum quid praecario rogatum est, non solum interdicto uti possumus, sed et incerti condictione, id est praescriptis verbis.

Da das praescriptis verbis regelmäßig interpoliert ist für die actio incerti[9]), so nimmt v. Mayr an, daß wir in

in dem Gegenstand der condictio, wie er in der intentio angegeben wird: hier — ein facere, dort — ein dare.

1) unten § 18. — 2) G. IV 136. 131. 51. — 3) Vgl. Lenel, Édit I 172. 173, auch v. Mayr a. a. O. 208 1–5. — 4) a. a. O. XXV 213. 214. — 5) Vgl. unten S. 100 fg. — 6) Dies hebt mit Recht hervor Lenel, Édit I 177. — 7) Zustimmend Lenel, Édit I 177. 178. — 8) a. a. O. 212 4. 9. — 9) Gradenwitz, Interpolationen 123 fg. Vgl. oben S. 93 3–5.

unserer Stelle statt des praescriptis verbis setzen können actio incerti.[1]) Dann sei die Identität von condictio incerti und actio incerti erwiesen. v. Mayr[2]) gesteht zwar zu, daß dies nur für die Zeit der Kompilatoren gelten könne: „Nur wenn die condictio incerti als actio praescriptis verbis bekannt war, konnte der Interpolator daran denken, sie durch Hinzufügung der Worte id est praescriptis verbis als solche zu bezeichnen. Andererseits hat actio praescriptis verbis im Munde der Kompilatoren die technische Bedeutung der actio civilis incerti. Daher mußte die condictio incerti hier den Kompilatoren als mit der actio incerti identisch gelten.“ Nichtsdestoweniger folgert v. Mayr, daß die condictio incerti schon im klassischen Recht nicht eine condictio war, sondern eine actio incerti. Uns scheint diese Schlußfolgerung von dem Rechte der Kompilatoren auf das Recht der klassischen Zeit nicht ohne weiteres statthaft zu sein. Daß das id est praescriptis verbis interpoliert ist, wird allgemein anerkannt.[3]) Aber daraus folgt natürlich nicht, daß bei Julian hier die actio incerti gestanden habe. v. Mayr meint nun zwar, daß der Kompilator den Zusatz id est praescriptis verbis nicht hätte machen können, wenn nicht ein Zusammenhang zwischen der condictio incerti und dem praescriptis verbis agere bzw. der actio incerti bestanden hätte. Diesen Zusammenhang erblickt v. Mayr in der Formel. Aus dem Zusatze ergebe sich, daß nach Anschauung des Kompilators auch die Formel der condictio incerti eine praescriptio haben mußte wie die actio incerti.[4]) Nun entspricht dies aber der Anschauung der Kompilatoren keineswegs. Wir haben durchaus keinen Anhalt dafür, daß die Kompilatoren sich die Formel der condictio incerti mit praescripta verba vorgestellt haben. Ja, wir haben sogar

[1]) So auch schon Naber, Observat. de iure romano, Mnemosyne XX (1892) 104. — [2]) a. a. O. 213. — [3]) Baron, Condictionen 227 fg., Gradenwitz, Interpolationen 128 fg., Lenel, Paling. Julian 672 [1] und Édit I 177. Gegen die Annahme einer Interpolation der ganzen condictio incerti statt des klassischen Interdiktes uti possidetis oder utrubi (Pflüger, Condictio incerti, Z. d. S. St. XVIII 110) haben sich mit Recht ausgesprochen Bekker, Aktionen I 110 [32], H. Krüger, Z. d. S. St. XXI 425 und jetzt auch v. Mayr a. a. O. 213 [1]. — [4]) Dagegen mit Recht sehr entschieden Lenel, Édit I 177. 178. Vgl. oben S. 17 [2]. 18 [1].

Beweise, daß dies nicht der Fall ist. Denn die Scholiasten, welche bekanntlich das Justinianische Recht vortragen[1]), nehmen vielmehr bei der condictio incerti die Formel der condictio certi an, indem sie die feste Bestimmung des Gegenstandes der condictio dem Selbstschätzungsrechte des Klägers überlassen.[2]) So dürfte unser Fragment 19 § 2 D. 43, 26 keine Stütze bieten für die Annahme der Identität von condictio incerti und actio incerti, insofern als die condictio incerti ein Anwendungsfall der actio incerti sei.[3])

v. Mayr[4]) glaubt aber auch direkt den Nachweis führen zu können, daß die Ansprüche auf Eingehung der cautio und Eingehung der Obligation mit der actio incerti statt mit der condictio incerti geltend gemacht wurden. Wir kommen auf die condictio cautionis und die condictio obligationis im Zusammenhang zu sprechen.[5]) Hier soll untersucht werden, inwieweit in diesen Fällen die actio incerti eingreifen konnte. Zum Beweise seiner Auffassung beruft sich v. Mayr auf Pap. 8 D. 7, 5.[6]) In diesem schon besprochenen Falle handelt es sich um die Klage auf Leistung des Legates. Mit dem Legat ist die Verpflichtung zur Kautionsleistung verbunden. Papinian sagt, daß die cautio als Teil des Legates, somit selbst als Legat erscheint, und gibt die actio incerti auf Kautionsbestellung. Da nun der Anspruch auf Kautionsbestellung auch als „Kondiktionsfall" (condictio cautionis) vorkommt, so meint v. Mayr[7]), daß auch bei Pap. 8 D. 7, 5 ein Kondiktionsfall vorliege. Diese Schlußfolgerung entbehrt jedweder Grundlage. Warum soll die cautio nur Gegenstand eines Kondiktionsanspruchs sein und nicht z. B. wie in unserem Falle Gegenstand eines Anspruchs aus dem Testament?

Abgelehnt werden muß auch die Berufung v. Mayrs[8]) auf

---

[1]) Vgl. oben S. 52[8]. — [2]) Vgl. unten § 17, I. — [3]) Vgl. oben S. 86[9]. — [4]) a. a. O. 214. 221 fg. — [5]) Vgl. unten Nr. IV, 5. — [6]) oben S. 95. — [7]) a. a. O. XXV 214[1]. — [8]) a. a. O. 207[4 a. E.]. 214. 222[5–8]. Ähnlich nimmt Naber, Observat. de iure romano, Mnemosyne XX (1892) 102 fg. an, daß Ulpian in dem Julianischen Fragment (2 § 3 D. 39, 5) die condictio incerti für die actio incerti interpoliert habe.

Jul. 2 § 4 D. 39, 5 Item si ei, quem creditorem tuum putabas, iussu tuo pecuniam, quam me tibi debere existimabam, promissero, petentem doli mali exceptione summovebo et amplius incerti agendo cum stipulatore consequar, ut mihi acceptum faciat stipulationem.

A glaubt gegenüber B eine Schuld zu haben. A delegiert nun den C, welcher gegenüber A eine Schuld zu haben glaubt, dem B, infolgedessen C dem B sich stipulationsweise verpflichtet. Beide Schulden, sowohl die Schuld des A wie die Schuld des C, sind nur vermeintliche Schulden (Nichtschulden). Es steht also sowohl dem A wie dem C die condictio des Gezahlten wie die condictio der Liberierung zu. Es fragt sich nun, ob der C, welcher sich dem B verpflichtet, sich darauf berufen könne, daß seine Schuld an A eine nur vermeintliche Schuld ist. Wäre die Schuld des A gegenüber B nicht eine vermeintliche Schuld, so könnte sich der C gegenüber B auch nicht auf die Nichtschuld des A an B berufen, denn B würde das erhalten, was ihm gebührt (suum recipere).[1] Da aber auch die Schuld des A gegenüber B eine Nichtschuld ist, so hat B keinen Anspruch auf Leistung, und daher braucht auch der C an B nicht zu zahlen. So entscheidet auch Julian. Er gibt dem C gegen den B die exceptio doli bzw. das Recht auf Liberierung vermittelst des „incerti agendo“. Dies ist zweifellos ein Kondiktionsfall, welcher sich auf die Nichtschuld stützt.[2] In dem vorhergehenden fr. 2 § 3 D 39, 5 hat Julian einen ähnlichen Fall behandelt:

si pecuniam, quam me tibi debere existimabam, iussu tuo spoponderim ei cui donare volebas: exceptione enim doli mali tueri me potero et praeterea incerti condictione stipulatorem compellam, ut mihi acceptum faciat stipulationem.

A glaubt gegenüber B eine Schuld zu haben. B will diese Forderung an A dem C schenken, infolgedessen A dem C sich stipulationsweise verpflichtet. Der B hat hier eine Nichtschuld dem C geschenkt. Daher gibt auch in diesem Falle Julian dem A die exceptio doli bzw. die condictio

[1]) Cels. 21 pr. D. 39, 5, Paul. 5 § 5 D. 44, 4. Vgl. oben Bd. I 84 [2, 4]. — [2]) Vgl. oben Bd. I 67 fg.

incerti auf Liberierung. Es handelt sich wohl um Erörterung des Satzes repetitio nulla est ab eo qui suum recepit.[1]) Denn es könnte sich in dem zuletzt angegebenen Fall (§ 3) fragen, ob nicht vielmehr dem A die condictio gegen den Schenker B zustehe[2]), so daß A dem C aus der Stipulation zu zahlen habe. Julian spricht sich dagegen aus, offenbar weil er als Gegenstand der Schenkung die Nichtschuld annimmt, so daß C eine vollgiltige Obligation nicht erworben hat. Auf jeden Fall handelt es sich sowohl in fr. 2 § 3 wie in fr. 2 § 4 D 39, 5 um die Rückforderung auf Grund einer Nichtschuld. Da muß es nun auffallen, daß Julian im § 3 von der condictio incerti spricht, dagegen im § 4 von incerti agendo. Den Schlüssel zur Lösung gibt wohl die Parallelstelle bei Ulp. 7 pr. § 1 D. 44, 4, wo Ulpian unter Namensnennung den Julian ausschreibt, aber sowohl bei der condictio wie bei dem agendo das incerti wegläßt. Daß auch in dem letzteren Falle an die condictio gedacht ist, ergibt sich aus dem Schlußsatze, den Ulpian von sich[3]) aus hinzufügt:

> Iulianus ait: si pecuniam, quam me tibi debere existimabam, iussu tuo spoponderim ei cui donare volebas, exceptione doli mali potero me tueri et praeterea condictio mihi adversus stipulatorem competit, ut me liberet. Idem Iulianus ait, si ei, quem creditorem tuum putabas, iussu tuo pecuniam, quam me tibi debere existimabam, promisero, petentem doli mali exceptione summoveri debere, et amplius agendo cum stipulatore consequar, ut mihi acceptam faciat stipulationem. et habet haec sententia Iuliani humanitatem, ut etiam adversus hunc utar exceptione et condictione, cui sum obligatus.

Erwägen wir nun, daß erst die Kompilatoren die Zusätze incertum, incerti zu den Ausdrücken condictio, condicere gemacht haben[4]), so regt sich der Verdacht der Interpolation gerade unserer Stelle (Jul. 2 §§ 3. 4 D. 39, 5) gegenüber, wo von incerti condictio und incerti agendo die

---

[1]) Paul. 44 D. 12, 6. Vgl. oben Bd. I 84 ³⁻⁶. — [2]) Paul. 12 D. 46, 2, Ulp. 13 eod. — [3]) So auch H. Krüger, Humanitas und pietas, Z. d. S. St. XIX 30. 31. — [4]) oben S. 45 ³⁻⁶.

Rede ist. Auch ist erklärlich, daß die Kompilatoren gerade da die Interpolation vornehmen, wo sie Julian an die Spitze des Fragmentes stellen, dagegen dieselbe unterlassen, wo Julian ein Zitat bei Ulpian ist. Bemerken darf man auch, daß das Julianische Fragment (2 §§ 3. 4 D. 39, 5) in der sog. Sabinusmasse sich befindet, das Ulpianische Fragment (7 pr. § 1 D. 44, 4) dagegen in der sog. Ediktsmasse: so kann die Ungleichheit der Ausdrucksweise aus der Arbeit in verschiedenen Kommissionen sich erklären.[1]) Wir haben schon hervorgehoben[2]), daß in der Hälfte von Fällen der sog. condictio incerti der Zusatz incerti sich nicht findet. An eine Interpolation des Julianischen Textes durch Ulpian darf man wohl nicht denken[3]), weil gerade in dem Ulpianischen Fragment das incerti nicht vorkommt.[4])

So spricht wohl alles dafür, daß das incerti des incerti agendo in unserem Fragment Jul. 2 § 4 D. 39, 5 interpoliert ist.[5]) Damit fällt aber die allgemeine

---

[1]) Auf den Streit Hofmann versus Blume können wir hier nicht eingehn. Vgl. Jörs, v. Digesta in Pauly-Wissowa, Realencyclop. 496, 64 fg. — [2]) oben S. 45 [7]. — [3]) Stintzing, Beiträge z. röm. Rechtsgeschichte (1901) 26 und v. Mayr a. a. O. XXV 222 [7] meinen, daß Ulpian den Julian ungenau ausgeschrieben habe. Das ist kaum anzunehmen, wenn wir bedenken, welchen Wert Ulpian den Julianischen Werken beimaß. Vgl. Pernice, Ulpian als Schriftsteller 18 fg. (Sitzungsber. der Preuß. Ak. d. Wiss. 1885 S. 460 fg.). — [4]) Daß Ulpian an seinen Vorlagen Interpolationen vorgenommen habe, soll damit nicht bestritten werden. Vgl. Naber, Observat. de iure romano, Mnemosyne, Bibliotheca philologica Batava XX (1892) 101 fg., 315, Erman, P. Iuventius Celsus, Grünhuts Zeitschrift XXXI 578 fg. und Entstammt § 226 BGB. Tribonian oder Celsus?, Z. d. S.St. XXV 354 [2]. Bekker, Z. d. S.St. XXV 395 macht jetzt darauf aufmerksam, daß wir sogar eine triplex interpolatio werden unterscheiden müssen: „Unter den Interpolationen in den Digesten möchte ich hiernach drei Gruppen unterscheiden. Vortribonianische, die den unabweislichen Bedürfnissen der Praxis entsprechend von dieser in den meist benutzten Autoren, also namentlich Ulpian und Paulus, ausgeführt waren. Tribonianische, die aber auch nur bestimmt waren, die Texte älterer und vielleicht neuerdings seltener benutzter Schriftsteller mit den schon vor Justinian fest gewordenen Rechtsänderungen in Einklang zu bringen. Endlich solche, die wirklich neues Recht machen sollten." — [5]) Zustimmend Trampedach a. a. O. Z. d. S.St. XVII 137.

Hauptstütze v. Mayrs für die Identität von condictio incerti und actio incerti in den Fällen der condictio obligationis.

Aber v. Mayr glaubt auch im einzelnen den Nachweis führen zu können, daß, mit Ausnahme einer Sonderstellung Ulpians[1]), die condictio obligationis von den klassischen Juristen „durchwegs als actio incerti aufgefaßt werde".[2]) Der Beweis wird durch die Annahme von Interpolationen der einschläglichen Stellen angetreten.

Zunächst kommt in Betracht

> Iul. 46 pr. D. 23, 3 Quemadmodum invito domino servus stipulatus adquirit, ita, si dotem domini nomine sibi promitti patiatur, obligatio domino adquiritur. sed neque periculum dominus praestare debebit (si forte debitor mulieris dotem promiserit) neque culpam. traditione quoque rei dotalis in persona servi vel filii familias facta dos constituitur ita, ut neque periculum nec culpam dominus aut pater praestet. igitur hanc dotem periculo mulieris esse dico, quamdiu dominus vel pater ratam promissionem vel donationem [dationem: Mo.] habuerit: ideoque etiam manente matrimonio res quas tradiderit condictione repetituram, item incerti condictione consecuturam, ut promissione liberetur.

Es handelt sich um eine Dosbestellung an einen Gewaltunterworfenen. Der Erwerb daraus geht an den Gewalthaber, welcher jedoch damit keine Verpflichtung übernimmt. Dies entspricht den allgemeinen Grundsätzen.[3]) Jedoch stehe der Frau selbst während der Ehe die condictio zu. Da der Gewaltunterworfene Vermögen nicht haben kann, so ist dies wohl von dem Standpunkte aus zu verstehn, daß der Gewaltunterworfene iure gentium Eigentum an der dos erwirbt.[4]) Denn anders wäre die condictio nicht möglich.[5]) Daß Julian in unserer Entscheidung von der dotis dictio spricht, ist wahrscheinlich.[6]) Die Bestellung der dos durch

1) a. a. O. 226 fg. — 2) a. a. O. Z. d. S.St. XXV 221 [5] fg. — 3) G. I 52, II 86 fg., III 163 fg. und 133 D. 50, 17. — 4) Vgl. Gaius III 132, Puchta, Institutionen II [10] § 272 vor k. — 5) oben Bd. I 34. — 6) Lenel, Paling. Iulian 269 [8–11], Naber, Observat. de iure romano, Mnemosyne XX (1892) 102 [2], v. Mayr a. a. O. XXV 221 [7].

die Frau an den Mann ist namentlich in der Form der dotis dictio häufig.[1]) Eine Dosbestellung kommt natürlich vor der Ratihabition des Gewalthabers nicht zustande, denn eine dos entsteht erst mit einer giltigen Ehe.[2]) Der zweite Teil unseres Fragmentes traditione quoque — liberetur steht mit dem ersten Teile nur in einem losen Zusammenhange.[3]) Wir haben den Eindruck, als ob das Fragment aus zwei Stücken zusammengesetzt sei. Das erste Stück handelt von der dotis dictio, das zweite Stück zwängt die traditio dotis hinein. Da liegt es nahe, das zweite Stück, welches auch sprachlich anstößig ist (donationem statt dationem) für interpoliert zu erklären.[4]) Es fallen dann aus die Sätze: traditione quoque rei — pater praestet, was zum Teil schon einmal mit denselben Worten gesagt worden ist, weiter das vel donationem, und sodann der Schlußsatz item — liberetur. Gegen die Interpolation dieses Schlußsatzes spricht sich v. Mayr[5]) aus. Vielmehr verberge sich hinter der condictio incerti die actio incerti.[6]) Die Gegenüberstellung condictione und incerti condictione ist sicher auffallend. Aber das spricht wohl gerade für die Interpolation des Schlußsatzes. Wie aber die actio incerti sich hier verbergen solle, ist unerfindlich. Daß hinter dem verus procurator bei Julian 22 § 8 D. 46, 8 sich der cognitor verbirgt[7]), ist wohl kaum ein genügendes Argument dafür, daß in unserem Julianischen Fragment 46 pr. D. 23, 3 sich hinter der condictio incerti die actio incerti verberge.

Über Iul. 2 § 3 D. 39, 5 haben wir oben[8]) im Zusammenhang mit Iul. 2 § 4 D. 39, 5 gesprochen. Wir haben angenommen, daß in § 4 vielmehr die actio incerti interpoliert ist. Konsequent können wir in § 3 nicht die Inter-

---

[1]) Karlowa, Röm. Rechtsgesch. II 202 [1]. — [2]) Ulp. 7 § 3 D. 23, 3. Vgl. auch Nerat. 8 D. 12, 4, oben Bd. I 176. — [3]) Darauf macht schon Pernice, Labeo III 206 [1] aufmerksam. — [4]) So auch Pernice, Labeo III 206 und Pflüger, Condictio incerti, Z. d. S.St. XVIII 102, unentschieden Trampedach a. a. O. Z. d. S.St. XVII 143 [4] und H. Krüger, Z. d. S.St. XXI 429. — [5]) a. a. O. XXV 221 [7]. — [6]) a. a. O. 222 oben. So auch Naber, Observat. de iure romano, Mnemosyne XX (1892) 102, welcher aus 46 pr. D. 23, 3 entnimmt, daß Julian die condictio obligationis noch nicht gekannt habe. — [7]) Dies Argument macht auch Naber a. a. O. 102 [3] geltend. — [8]) S. 101.

polation der condictio incerti statt der actio incerti annehmen. Neue Argumente gibt aber v. Mayr[1]) für § 3 nicht an.

Nachdem v. Mayr den Standpunkt eingenommen hat, daß die condictio incerti bei der condictio obligationis die actio incerti verdrängt habe, übernimmt er natürlich auch die Aufgabe, diejenigen Entscheidungen, welche dem ausdrücklich entgegenstehn, zu beseitigen. Dies vermag er aber nur unter einer gewaltsamen Annahme von Interpolationen. Demgegenüber müssen wir betonen, daß wir Interpolationen nur da anzunehmen berechtigt sind, wo die vorliegende Stelle einen sprachlichen Anhalt bietet. Selbst, wenn wir eine Interpolation an einer Stelle erwiesen und damit der Stelle einen bestimmten Sinn gegeben haben, dürfen wir nicht schon auf dieser Grundlage andere Stellen für interpoliert erklären, weil sie dem von uns der interpolierten Stelle gegebenen Sinne widersprechen. Denn der von uns der interpolierten Stelle gegebene Sinn kann falsch oder wenigstens einseitig sein. Wir müssen die Erkenntnis des klassischen Rechtes auf sämtliche einschlagenden Stellen stützen, und diese Stellen, so wie sie sind, zugrunde legen, sofern nicht in jeder einzelnen Stelle ein sprachlicher Anhalt für die Interpolation sich bietet. Absolute Wahrheit ist uns damit nicht gesichert: es ist durchaus möglich, daß eine Annahme das Richtige trifft, trotzdem sprachlich sich die Interpolation nicht feststellen läßt. Aber nichtsdestoweniger müssen wir den angegebenen Grundsatz für die Feststellung der Interpolationen festhalten, wenn wir uns nicht jede wissenschaftliche Grundlage für unsere Forschungen entziehn wollen. Wir werden diesen Vorwurf noch gegen Pflüger zu erheben haben, der in weit ausgiebigerer Weise als v. Mayr Interpolationen annimmt.[2])

Zu solchen Stellen, in denen v. Mayr[3]) ohne genügenden sprachlichen Anhalt die condictio incerti als Interpolation für die actio incerti annimmt, gehört

Iulian 3 D. 12, 7 Qui sine causa obligantur, incerti condictione consequi possunt ut liberentur: nec refert,

---

[1]) a. a. O. XXV 222 [3, 4]. — [2]) Vgl. unten Nr. III. — [3]) a. a. O. XXV 222 [5].

omnem quis obligationem sine causa suscipiat an maiorem quam suscipere eum oportuerit, nisi quod alias condictione id agitur, ut omni obligatione liberetur, alias ut exoneretur: veluti qui decem promisit, nam si quidem nullam causam promittendi habuit, incerti condictione consequitur, ut tota stipulatio accepto fiat, at si, cum quinque promittere deberet, decem promisit, incerti consequetur, ut quinque liberetur.

v. Mayr nimmt an, daß hier durchweg die condictio incerti für die actio incerti interpoliert sei.[1]) Schon sachlich widerspricht dies wohl allem, was wir von der actio incerti wissen.[2]) Die actio incerti erscheint als Erfüllungsklage. Julian spricht in unserer Stelle zweifellos von einem Kondiktionsfall. In sede materiae findet sich die Entscheidung Julians nicht. Lenel[3]) vermutet, daß Julian seine Ausführungen gemacht hat vielleicht bei Gelegenheit einer Kautionsstipulation unter Gesellschaftern. Auf jeden Fall handelt es sich um die Liberierung eines Schuldners, welcher sich sine causa obligiert hat. Die condictio ist nun dem Julian in solchen Fällen durchaus geläufig.[4]) v. Mayr[5]) meint, daß „der Verdacht der Interpolation der condictio dadurch bestärkt werde, daß das condictione consequi spezifisch Julianisch sei", was schon Trampedach[6]) bemerkt habe. So ganz ständig ist diese Ausdrucksweise bei Julian nicht, wie sich aus den in Anm. 4 angegebenen Entscheidungen ergibt. Aber ganz abgesehn davon, wie soll die Ausdrucksweise condictione consequi eine Stütze dafür bieten, daß das condictione interpoliert ist für actione incerti? Wenn v. Mayr meint, daß die indirekte Ausdrucksweise consequi ut liberetur, welche allerdings in den Fällen der sog. condicto incerti besonders häufig ist[7]), auf eine actio incerti hinweise, so halten wir dies Argument nicht für durchschlagend. Die indirekte Ausdrucks-

[1]) So auch Naber, Observat. de iure romano, Mnemosyne XX (1892) 103 oben. — [2]) Vgl. oben S. 89 fg. — [3]) Paling. Iulian 124 [3]. — [4]) 2 § 3 D. 39, 5 (oben S. 101), 18 § 1 D. 39, 6 (unten S. 109), 7 pr. § 1 D. 44, 4 (oben S. 102). — [5]) a. a. O. XXV 222 [2]. — [6]) Z. d. S.St. XVII 144. — [7]) Vgl. unten Nr. IV.

weise beweist nur, daß es noch eines Verfahrens zur Feststellung des Gegenstandes der condictio bedarf: es wird nur das Resultat angegeben, das durch die condictio erreicht wird, dagegen wird offenbar unentschieden gelassen, auf welchem Wege dies Resultat erreicht wird.[1]) Die indirekte Ausdrucksweise kommt aber nun keineswegs bloß bei der condictio obligationis vor, sondern auch bei der condictio servitutis[2]), der condictio possessionis[3]), u. a., ja auch bei der condictio auf certum.[4]) Es müßte somit in allen Fällen die condictio incerti für die actio incerti interpoliert sein. Dann wären also nicht die Zusätze incertum und incerti interpoliert, wie wir heute als feststehendes Resultat annehmen[5]), sondern es wäre das incertum und incerti klassisch; dagegen wäre überall für actio die condictio interpoliert. Das würde aber alles umstoßen, was wir bis jetzt erreicht haben, und müßte auf jeden Fall eingehend bewiesen werden.

Eisele[6]) nimmt freilich auch schon an, daß unser Julianisches Fragment (3 D. 12, 7) interpoliert sei: aber er nimmt nicht die Interpolation der condictio incerti an, sondern hält das ganze Schulbeispiel, welches den zweiten Teil unseres Fragmentes bildet (veluti qui decem — ut quinque liberetur), für interpoliert, da solche Schulbeispiele bei den Byzantinern beliebt seien, so z. B. bei Theophilus in dessen Institutionenparaphrase. Diese Annahme werde unterstützt durch das sprachlich anstößige ut tota stipulatio accepto fiat. Von acceptam facere pecuniam oder id quod debetur könne man sprechen, aber nicht von acceptam facere stipulationem. Dagegen ist aber zu bemerken, daß das accepto fiat stipulatio in unserem Fragment nicht allein dasteht.[7]) Auf jeden Fall bietet der erste Teil unseres Fragmentes mit Ausnahme des interpolierten Zusatzes incerti[8]) keinen sprachlichen Anstoß, um eine Interpolation

[1]) Darüber ausführlich unten Nr. IV. — [2]) Pomp. 22 § 1 D. 12, 6, Paul. 8 pr. D. 19, 1, Marcian 35 D. 8, 2. Vgl. unten Nr. IV. — [3]) Paul. 15 § 1 D. 12, 6. — [4]) Vgl. unten Nr. IV, 1. — [5]) Vgl. oben S. 45 [3–6]. — [6]) Interpolationen, Z. d. S.St. VII, 1 S. 18 [1] und Z. d. S.St. XI 17. — [7]) z. B. auch bei Iul. 2 § 3 D. 39, 5 = 7 § 1 D. 44, 4. — [8]) Vgl. oben S. 45 [4].

der condictio für die actio incerti wahrscheinlich zu machen.

Weiter kommt in Betracht

Iul. 18 § 1 D. 39, 6 Si donaturus mihi mortis causa debitorem tuum creditori meo delegaveris, omnimodi capere videbor tantam pecuniam, quanta a creditore meo liberatus fuero. quod si ab eodem ego stipulatus fuero, eatenus capere existimandus ero, quatenus debitor solvendo fuerit: nam et si convaluisset creditor idemque donator, condictione aut in factum actione debitoris obligationem dumtaxat reciperet.

A macht dem B eine Forderung zur Schenkung mortis causa. Zu diesem Zwecke delegiert A seinen Schuldner C dem Gläubiger des B, Namens D. Julian sagt, daß B mit soviel durch den A beschenkt ist, als B von seinem Gläubiger D liberiert ist. Wenn nun B von C dessen Schuld an A stipuliert, so beträgt die Schenkung des A an B so viel, als der C zu zahlen vermag. Da dem A, welcher Gläubiger von C und Schenker gegenüber B ist, der Widerruf der Schenkung mortis causa mit der condictio zusteht[1]), so kann der A von B nur so viel kondizieren, als der C wirklich gezahlt hat bzw. wenn C noch nicht gezahlt hat, die Liberierung des C von B[2]), so daß der A wieder Gläubiger von C wird. Julian gibt nun dem A zu diesem Zwecke die condictio oder eine actio in factum. Die condictio bzw. actio in factum hat das Ziel, daß der A in Höhe seiner früheren Forderung wieder Gläubiger von C wird. Die condictio bzw. actio in factum geht aber offenbar gegen den B; denn diesem gegenüber machte der A seinen Schenkungswiderruf geltend. Wie wurde nun das praktisch realisiert, daß A vermittelst einer Klage gegen B eine (des A) Forderung gegen C erhielt? Man half sich wohl mit Stipulationen. Mit der condictio verlangt A von B, daß B den C als Schuldner dem A delegiere. Damit hat A seine frühere Forderung gegen C restituiert erhalten. Nun erwähnt Julian neben der condictio die actio in factum. Von einer Kon-

[1]) Vgl. oben Bd. I 148 fg. — [2]) Vgl. v. Salpius, Novation und Delegation 113. 114. 118.

kurrenz beider Klagen möchten wir nicht reden. Vielmehr scheint man allerdings Zweifel gehabt zu haben, ob in diesem Falle eine condictio oder eine actio in factum zu geben sei. Die gewöhnliche Klage zwecks Restitution einer erloschenen Obligation war wohl die actio in factum[1]), mitunter auch actio utilis.[2]) Mit der condictio wird derselbe ökonomische Zweck erreicht, aber auf anderem juristischem Wege. Die juristischen Ziele der actio in factum und der condictio sind somit verschieden, und daher möchten wir von der Konkurrenz beider Klagen nicht sprechen.[3]) Die actio in factum geht auf Restitution der erloschenen Obligation, die condictio geht auf Begründung einer neuen Obligation, welche der erloschenen Obligation gleichwertig ist.[4]) Die actio in factum ist wahre Restitutionsklage, die condictio ist Bereicherungsklage, welche auf Begründung einer Obligation geht, weil dadurch der Beklagte bereichert worden ist.

v. Mayr[5]) meint, daß in unserem Fragment (18 § 1 D. 39, 6) die condictio für die actio incerti civilis interpoliert sei. Als ausreichendes Argument dient ihm, daß in der Parallelstelle Gaius 31 § 3 D 39, 6 die condictio nicht genannt sei: aber in dieser Stelle handelt es sich, wie auch in unserer obigen Stelle, vor allem darum, den Gegenstand der Delegation festzustellen, und die Frage des periculum nominis zu beantworten.[6]) Auf die Frage, welche Klage eingreife, kommt es in erster Reihe nicht an. Gaius war daher wohl berechtigt, sich auf die Entscheidung über das recipere obligationem zu beschränken.

Ist es durch die Untersuchungen v. Mayrs nicht gelungen, die Interpolation der condictio incerti für die actio incerti bei Julian[7]) nachzuweisen, so behaupten wir weiter, daß auch für Pomponius dieser Nachweis mißlungen ist. Bei

---

[1]) Ulp. 14 D. 42, 8. Vgl. Girard, Droit romain [4] 1058 [3], Lenel, Édit II 177 fg. — [2]) Ulp. 30 D. 39, 6. Vgl. Cuiac, In lib. 60 Dig. Jul. ad l. 18 § 1 D. 39, 6 (Opera omnia, ed. Neap. IV 402 D), Ulp. 8 § 8 D. 16, 1. — [3]) Vgl. oben S. 3 fg. — [4]) Vgl. Ulp. 4 D. 12, 4 (unten Nr. IV, 5), auch Pernice, Labeo III 282 [4]. — [5]) a. a. O. XXV 223. — [6]) Vgl. v. Salpius a. a. O. 109 fg., auch Pernice, Labeo III 282 [2]. — [7]) a. a. O. XXV 223 [3] „damit ist die condictio incerti aus Julians System gänzlich beseitigt“.

Pomp. bei Paul. 5 § 1 D. 19, 1 Sed si falso existimans se damnatum vendere vendiderit, dicendum est agi cum eo ex empto non posse, quoniam doli mali exceptione actor summoveri potest, quemadmodum, si falso existimans se damnatum dare promisisset, agentem doli mali exceptione summoveret. Pomponius etiam incerti condicere eum posse ait, ut liberetur.

hält v. Mayr[1]) das incerti condicere für interpoliert statt des klassischen incerti agere, „aus nun wiederholt betonten Gründen". Wir haben hervorgehoben[2]), daß aus solchen Gründen eine Interpolation nicht angenommen werden darf, und daß in jedem einzelnen Falle für die Interpolation ein sprachlicher Anhalt vorliegen muß. Daß in unserer Stelle der Satz 'quoniam doli — summoveri potest' höchstwahrscheinlich interpoliert ist[3]), kommt für unsere Frage natürlich nicht in Betracht. Das gleiche gilt von der Interpolation des 'incerti' in dem Schlußsatze des Pomponius.[4])

Pomp. bei Ulp. 16 § 2 D. 4, 4 Pomponius quoque refert — cum quidam heres rogatus esset fratris filiae complures res dare ea condicione, ut, si sine liberis decessisset, restitueret eas heredi et haec defuncto herede heredi eius cavisset se restituturam, Aristonem putasse in integrum restituendam. sed et illud Pomponius adicit, quod potuit incerti condici haec cautio etiam a maiore: non enim ipso iure, sed per condictionem munitus est.

Auf dem Erben lastet ein Vermächtnis verschiedener Gegenstände zugunsten der Tochter seines Bruders, jedoch mit der Bedingung, daß die Tochter diese Gegenstände dem Erben restituiere, wenn sie kinderlos versterben sollte. Die Tochter hat nach dem Tode des Erben dessen Erben Kaution geleistet dafür, daß sie die Gegenstände restituieren werde. Die Tochter hat somit eine Verpflichtung übernommen, welche ihr nach dem Willen des Erblassers nicht oblag. Denn der Erblasser verlangte nur, daß sie dem Erben, nicht aber dessen Erben restituiere. Aristo gab daher der Tochter

---

[1]) a. a. O. 224[2]. — [2]) oben S. 106. — [3]) Gradenwitz, Interpolationen 32. 33. — [4]) Vgl. oben S. 45[5].

die restitutio in integrum, wodurch die Kautionsleistung annulliert wurde.[1]) Es handelt sich also in unserer Entscheidung um eine Frage der restitutio in integrum nach eingetretener Kautionsleistung seitens der Vermächtnisnehmerin. An diese Entscheidung schließt sich eine Entscheidung des Pomponius, welche eine andere Frage betrifft, nämlich die Frage, ob der erste Erbe von der Tochter die Kautionsleistung erzwingen könne. Pomponius bejaht diese Frage, die cautio hätte von dem ersten Erben mit der condictio 'incerti' erzwungen werden können. Als Begründung fügt Pomponius hinzu: non enim ipso iure sed per condictionem munitus est. Was soll das heißen? Die Kautionsleistung ist der Tochter auf jeden Fall fideikommissarisch nicht auferlegt. Eine zivile Erfüllungsklage[2]) stand somit dem ersten Erben nicht zu. Aber durch die Unterlassung der cautio war die Sicherheit für die Herausgabe der vermachten Gegenstände gemindert, und insofern auf seiten der Vermächtnisnehmerin eine unrechtmäßige Vermögensvermehrung eingetreten. Auf Ausgleich dieser unrechtmäßigen Vermögensvermehrung, also der ‚Bereicherung' in unserem Sinne, wird die condictio gegeben. Denn es handelt sich hier doch zweifellos um die cautio legatorum servandorum causa, zu deren Leistung der Erbe gehalten war.

Die zweite von Pomponius entschiedene Frage hängt mit der von Aristo und Paulus behandelten Frage nicht sehr enge zusammen. Aristo und Paulus fragen, ob der Tochter die in integrum restitutio zustehe, wenn sie die cautio an den Erben des Erben leistet, obwohl sie nur zur Kautionsleistung an den ersten Erben verpflichtet war.

---

[1]) Daß Aristo die restitutio in integrum gibt und nicht die condictio cautionis auf Grund der irrtümlichen Leistung einer Nichtschuld, erklärt sich entweder daraus, daß Aristo die condictio cautionis noch nicht anerkennen wollte (vgl. unten Nr. IV 5 zu 22 D. 36, 1), oder daraus, daß die Irrtumsvoraussetzung hier nicht vorliegt (vgl. oben Bd. I 68 fg. und Glück, Kommentar XXII 338). Die restitutio in integrum lag auch näher; denn die Tochter ist wohl als minderjährig zu denken. Vgl. Glück, a. a. O. V 423. — [2]) Vgl. Pernice, Der privatrechtl. Standpunkt in d. Lehre d. röm. Juristen, Parerga IX 90. 91 (Z. d. S.St. XIX 169. 170) u. Pap. 8 D. 7, 5 (oben S. 100 [6]).

Pomponius dagegen entscheidet die Frage, ob der erste Erbe die Kautionsleistung erzwingen könne, und bejaht die Frage, indem er dem ersten Erben die condictio gibt. Ulpian hat nun diese Entscheidung des Pomponius in seine Erörterung über die in integrum restitutio aufgenommen, wobei aber wohl noch Zwischensätze dagewesen sein müssen, welche den Zusammenhang zwischen beiden Fragen herstellten, und welche von den Kompilatoren fortgelassen worden sind.[1]) Es ist daher berechtigt, daß man heute den Zusammenhang herzustellen versucht hat.[2])

Aber daß die von Pomponius angegebene condictio auf die Liberation von der cautio gehe, wie v. Mayr[3]) annimmt, ist nicht richtig. Es müßte dies Recht auf Liberation von der cautio der Tochter zustehn. Von der könnte aber nicht gesagt werden per condictionem munitus[4]) est.

Vollends fehlt uns jeder Anhalt dafür, eine actio incerti an Stelle der condictio in unserer Stelle (16 § 2 D. 4, 4) anzunehmen, wie dies v. Mayr[5]) tut. Denn um eine Erfüllungsklage handelt es sich nicht.[6]) Bei Ulp. 31

[1]) Daraus erklärt sich wohl das quod auf adicit, statt des Acc. c. inf. Vgl. Pernice, Labeo III 203 [5, 6], dem wir nicht zustimmen können, als ob die ungewöhnliche Konstruktion schon eine Grundlage für die Annahme einer Interpolation der condictio incerti biete. Vgl. auch Kalb, Roms Juristen 29 fg. Jedoch meint wohl Pernice nicht allgemein die condictio, sondern die condictio incerti, deren Interpolation jetzt durch Trampedach (oben S. 45 [6]) erwiesen ist. Daher hält wohl zu Unrecht Trampedach, Condictio incerti, Z. d. S.St. XVII 142, dem Pflüger, Condictio incerti, Z. d. S.St. XVIII 101 folgt, den ganzen Satz quod potuit — a maiore für interpoliert. Denn die condictio kehrt am Schlusse noch einmal wieder. Wir halten nur den Zusatz 'incerti' für interpoliert (oben S. 45 [5]). Vgl. auch v. Mayr a. a. O. XXV 227 [7]. — [2]) z. B. durch die Einschiebung eines 'non obesse' hinter 'Pomponius adicit'. So Kipp, v. condictio in Pauly-Wissowa, Realencyclop. 856, 30, worin ihm v. Mayr a. O., Z. d. S.St. XXV 224 [8], 225 oben zustimmt. — [3]) Condictio 225 und a. a. O. Z. d. S.St. XXV 224 [8]. So auch die älteren Interpreten, vgl. Glück, Kommentar V 423. — [4]) Das munitus est in munita est zu ändern (v. Savigny, System III 463, Pflüger, Condictio incerti, Z. d. S.St. XVIII 101 [1]) ist wohl nicht zulässig. — [5]) a. a. O. Z. d. S.St. XXV 224/225. — [6]) Vgl. oben S. 89 fg.

D. 12, 6 ist ausdrücklich von der condictio die Rede.[1]) Auf Pap. 8 D. 19, 5 ist in anderem Zusammenhang die Rede gewesen.[2])

Auch für Paulus halten wir bei der condictio obligationis die Interpolation der condictio für die actio incerti nicht für erwiesen.

> Paul. 12 D. 46, 2 Si quis delegaverit debitorem, qui doli mali exceptione tueri se posse sciebat, similis videbitur ei qui donat, quoniam remittere exceptionem videtur. sed si per ignorantiam promiserit creditori, nulla quidem exceptione adversus creditorem uti poterit, quia ille suum recepit: sed is qui delegavit tenetur condictione vel incerti, si non pecunia soluta esset, vel certi, si soluta esset, et ideo, cum ipse praestiterit pecuniam, aget mandati iudicio.

A delegiert seinen Schuldner B, der aber gegen A sich mit der exceptio doli schützen kann, seinem Gläubiger C. Paulus meint, daß B mit der promissio an C auf seine exceptio gegen A verzichte und somit gegenüber C sich auf die exceptio doli nicht berufen könne. Wußte der B nicht davon, daß ihm gegen A die exceptio doli zustehe, so könne er trotzdem gegen C sich auf die exceptio doli nicht berufen; denn C als Gläubiger von A empfängt nur das, was er zu fordern hat (suum recepit).[3]) Aber der B kann sich an den Deleganten A halten. B hat gegen A die condictio auf Liberierung von seiner (des B) Verpflichtung gegen C, sofern der B an C noch nicht gezahlt hat. Hat dagegen B an C schon gezahlt, so kann er mit der condictio die gezahlte Summe von A zurückfordern. Gegenüber den zahlreichen Interpretationen unseres Fragmentes ist zu betonen, daß die Entscheidung, soweit sie bisher angegeben ist, durchaus den geltenden Rechtssätzen entspricht, wie dies wiederholt bezeugt ist: Der Delegat

---

[1]) Vgl. unten S. 125 [4]. — [2]) oben S. 94 [4]. — [3]) Vgl. oben Bd. I 84 [3]. Nicht notwendig ist, daß das suum recepit Barzahlung voraussetze, denn schon in der Delegation liegt Zahlung (also das suum recipere). Ulp. 8 § 3 D. 16, 1. Zustimmend Trampedach, Z. d. S.St. XVII 140.

kann seine Einreden, welche ihm gegen den Deleganten zustehn, nicht gegenüber dem Delegatar vorschützen, hat aber gegen den Deleganten die condictio auf Liberierung von der übernommenen Schuld bzw. auf Rückzahlung der schon realisierten Zahlung.[1]) Es liegt somit kein Grund vor, eine Interpolation der condictio in unserer Stelle anzunehmen, wie dies Pernice[2]) tut. Denn selbst wenn wir mit Pernice den Satz condictione vel incerti — soluta esset für interpoliert halten, so bleibt doch vorher das tenetur stehn: dies kann sich aber nur auf die Haftung des Deleganten gegenüber dem Delegatar beziehn; und diese Haftung kann nach den bezeugten anderen Entscheidungen[3]) nur die condictio sein.[4]) Daß die Zusätze incerti und certi interpoliert sind, kann nicht bezweifelt werden, nachdem die allgemeine Interpolation dieser Zusätze erwiesen ist.[5]) Desgleichen dürfen wir die Annahme der Interpolation ausdehnen auf die jene Zusätze begleitenden Worte (si non pecunia soluta esset — si soluta esset), welche ohne jene Zusätze ihre Berechtigung verlieren.[6])

Es folgt nun in unserer Stelle (12 D. 46, 2) ein Schlußsatz, welcher der Interpretation viele Schwierigkeiten bereitet hat, und wohl die Veranlassung ist, daß die vorhergehenden Sätze die verschiedenste Deutung erfahren haben. Der Schlußsatz lautet: et ideo, cum ipse praestiterit pecuniam, aget mandati iudicio. Das mandati iudicio ist wohl sicherlich für fiduciae iudicio interpoliert.[7]) Der Kläger der actio fiduciae ist der Delegant A gegen seinen Gläubiger C.[8]) Worauf geht nun die actio fiduciae in

[1]) Ulp. 8 §§ 2. 3 D. 16, 1, fr. 13 D. 46, 2, Paul. 5 § 5 D. 44, 4 (condictione tenetur debitor qui delegavit, — ut vel liberet debitorem, vel, si solvit, ut pecunia ei reddatur), 2 C 4, 5 a. 213. Zustimmend v. Mayr, Condictio incerti, Z. d. S.St. XXIV 270 [4]. — [2]) Labeo III 203 [5, 5]. Ihm folgt Pflüger, Condictio incerti, Z. d. S.St. XVIII 89. — [3]) oben Anm. 1. — [4]) Zustimmend Trampedach a. a. O. 139—141 oben, v. Mayr, Z. d. S.St. XXIV 270 [4]. — [5]) Vgl. oben S. 45 [3–6]. — [6]) Zustimmend Trampedach a. a. O. 141 oben. — [7]) Lenel, Quellenforschungen in den Ediktskommentaren, Z. d. S. St. III 116 und Paling. Paul. 483 [1]. Zustimmend Pernice, Labeo III 203 [5, 5], Trampedach a. a. O. 140 [1], Pflüger a. a. O. 89, v. Mayr, Z. d. S. St. XXIV 269 [5]. — [8]) Zustimmend Pernice a. a. O., Trampedach a. a. O.

unserem Falle? In der ganzen Entscheidung wird die Frage erörtert, inwieweit Delegation der Zahlung gleichsteht. In dem ersten Teile wird die Stellung des Delegaten untersucht: dieser hat gegen den Delegatar nicht die Einreden, welche ihm gegen den Deleganten zustehn; aber er hat die condictio gegen den Deleganten. Damit ist aber auch alles erledigt, was über die Stellung des Delegaten und dessen Verhältnis zum Deleganten in Betracht kommen kann. Die actio fiduciae kann also mit diesem Verhältnis zwischen Deleganten und Delegaten nicht mehr zusammenhängen. Wir möchten daher nicht mit Pernice a. a. O. annehmen, daß das cum ipse praestiterit pecuniam ausdrücken soll, daß der Delegant „dem delegierten Schuldner das Geld ersetzt, das der dem Delegatare hat zahlen müssen", denn diese Ersetzung erfolgt auf Grund der condictio, von welcher schon vorher die Rede war. Folgt man der Auffassung von Pernice, so würde es sich weiter fragen, welche Rolle der actio fiduciae zufallen soll. Der Delegant hat gegenüber seinem Gläubiger C, welcher suum recepit, doch keinen Regreß darauf, was der Delegant dem Delegaten auf dessen condictio hin ersetzt hat. Die actio fiduciae bezieht sich daher wohl auf das Schuldverhältnis zwischen A und C. Es liegt ein Pfandrechtsverhältnis vor. Der Schlußsatz sagt: Da nun der A an C gezahlt hat (durch Delegation), so ist das Pfandrecht erloschen, und A kann von C die Pfandsache mit der actio fiduciae zurückfordern. Es würde also in unserer Entscheidung ein Anwendungsfall des Satzes solvit qui delegat auf ein Pfandrechtsverhältnis vorliegen. Von Bedeutung war die Entscheidung schon, da es sich fragen mußte, ob das Pfandrecht erst erlischt mit der realisierten Zahlung seitens des Delegaten oder schon mit der erfolgten promissio. Die Entscheidung erfolgt zugunsten der letzteren Alternative. Das praestiterit pecuniam braucht aber keineswegs zu bedeuten, daß die Delegation der Barzahlung gleichstehe.[1]) Das Pfandrecht erlischt schlechtweg mit Untergang der akzessorischen Forderung: diese

[1]) Dies gegen Pflüger a. a. O. 90. Vgl. oben S. 114[2] und unten S. 117 oben.

aber erlischt durch die Zahlung vermittelst Delegation. Das praestiterit pecuniam ist daher wohl synonym mit solvit. Da der A gezahlt hat (vermittelst Delegation), so steht ihm jetzt gegen den C die actio fiduciae zu. So steht die Sache, wenn wir die Interpolation des mandati für fiduciae annehmen. Aber wie ist der Schlußsatz vom Standpunkte der Kompilatoren aufzufassen? Die actio mandati kann hier wohl nicht gegen den C seitens des A gehn; denn C ist Gläubiger des A. Uns scheint im Sinne der Kompilatoren als Subjekt des praestiterit der B gelten zu müssen[1]): der B zahlt an C, und nun wird dem B gegen den A die actio mandati contraria auf Ersatz gegeben. Das wäre die Kontraktsklage in Konkurrenz mit der condictio generalis. Dadurch würde der Schlußsatz sehr verdächtig werden. Um so mehr würde die Klassizität der condictio in unserem Falle hervortreten. Aber wir glauben auch, daß die Stelle von der fiducia gehandelt habe.

Eine besondere Auffassung unseres Fragmentes (12 D. 46, 2) hat Pflüger[2]), welche am besten in diesem Zusammenhang besprochen wird. Der Zwischensatz condictione vel incerti — soluta esset wird mit Pernice[3]) für interpoliert erklärt. Da Delegation der Zahlung gleichgeachtet werde, so müsse dies in jeder Beziehung gelten. Der A hat also in jedem Fall an C gezahlt, nachdem er ihm den B delegiert hat. Das Versprechen des Delegaten B an den Delegatar C gilt daher nicht nur als Zahlung des Deleganten A an den Delegatar C, sondern auch als Zahlung des Delegaten B an den Deleganten A oder mit anderen Worten: durch die Promission des Delegaten B an den Delegatar C wird auch der Delegat B von seiner Schuld gegen den Deleganten A liberiert. Dies ist richtig.[4]) Aber die weitere Schlußfolgerung Pflügers ist unbegründet. Pflüger sagt: „Und wenn der Delegant, der seinen Schuldner indebite delegiert hat, gegen den Delegatar die condictio certae pecuniae hat auf bare Zahlung der vom Delegaten erst versprochenen Summe — quemadmodum si pecuniam

[1]) So Erxleben, Condictiones I 160 [19], v. Salpius, Novation 65. — [2]) Condictio incerti, Z. d. S.St. XVIII 90. — [3]) oben S. 115 [2]. — [4]) Vgl. oben S. 109.

solvisset condiceret —: so muß ebenso auch der Delegat, der sich irrtümlich für den Schuldner des Deleganten gehalten hatte, die dem Delegaten nur erst versprochene, noch nicht gezahlte Geldsumme bar von dem Deleganten kondizieren können — quemadmodum si pecuniam solvisset condiceret. Dies, und genau dies, sagt auch unsere l. 12. — Daß die condictio certae pecuniae gemeint ist, ergibt sich aus den Worten: cum ipse praestiterit pecuniam aget fiduciae iudicio." Pflüger nimmt damit an, daß die Delegation nicht bloß Zahlung (Ulp. 8 § 3 D. 16, 1), sondern auch Barzahlung sei. Dagegen spricht aber ausdrücklich Jul. 18 § 1 D. 39, 6 (oben S. 109), wo gesagt ist, daß nur so viel kondiziert werden kann, als der Beklagte wirklich erhalten hat. Es wird auch sonst wiederholt hervorgehoben, daß der zahlende Delegat entweder die Summe kondizieren kann, welche er gezahlt hat oder die Liberierung von seiner Schuld, wenn er noch nicht gezahlt hat.[1]) Übrigens scheint Pflüger anzunehmen, daß die Schuld des A an C eine Nichtschuld ist. Die indebite vorgenommene Promission ist indebite seitens des B an A. Das ergibt der ganze Zusammenhang; daß die Schuld des A an C nicht eine Nichtschuld sein kann, beweist das suum recepit. Von einer „condictio certae pecuniae des Deleganten an den Delegatar" kann daher nicht die Rede sein.

Ein Grund für die Annahme einer Interpolation der condictio in unserer Entscheidung (12 D. 46, 2) liegt somit nicht vor, wie auch v. Mayr[2]) zugibt. Da haben wir aber auch keinen Anhalt, daß die condictio incerti für die actio incerti interpoliert sei, während die condictio (certi) von klassischem Bestande wäre, wie dies v. Mayr[3]) behauptet. Die Gegenüberstellung des vel incerti — vel certi kann eine Grundlage für die Annahme der behaupteten Interpolation nicht bieten, nachdem für die analoge Stelle Jul. 2 § 4 D. 39, 5 der Beweis für die gleiche Interpolation nicht erbracht ist.[4]) Unser Fragment (12 D. 46, 2) hat wohl

[1]) Jul. 2 § 3 D. 39, 5 (oben S. 105 [8]) und 18 § 1 D. 39, 6 (oben S. 109), Ulp. 7 pr. § 1 D. 44, 4 (oben S. 102) und 5 § 2 D. 16, 1. Vgl. auch v. Salpius, Novation 113. 114. 118. — [2]) Z. d. S.St. XXIV 270 [4]. — [3]) Z. d. S.St. XXV 225. — [4]) oben S. 101.

mit dem tenetur condictione abgeschnitten, worauf der Schlußsatz et ideo etc. folgte.[1])

Hat die Auffassung v. Mayrs von der Interpolation der condictio incerti statt der actio incerti sich nicht bewahrheitet bei Paul. 12 D. 46, 2, so muß dies auch von der zweiten Paulusstelle gelten, welche v. Mayr[2]) anführt:

> Paul. 5 § 5 D. 44, 4 Si eum, qui volebat mihi donare supra legitimum modum, delegavero creditori meo, non poterit adversus petentem uti exceptione, quoniam creditor suum petit. — itaque condictione tenetur debitor qui delegavit — ut vel liberet debitorem vel, si solvit, ut pecunia ei reddatur.

Es wird dieselbe Frage erörtert, wie in 12 D. 46, 2. Der Delegat hat keine Einreden gegen den Delegatar aus der Person des Deleganten. Aber der Delegant haftet mit der condictio. Hier ist in unzweideutiger Weise angegeben, daß mit der condictio entweder die Liberation des Delegaten angestrebt wird oder Rückzahlung der schon gezahlten Summe. Die Gegenüberstellung vel — vel hat nichts Auffallendes. Die indirekte Ausdrucksweise ut liberet ist in den Fällen der sog. condictio incerti besonders häufig.[3]) Das Kondiktionenwort repetere fehlt in allen Fällen der sog. condictio incerti und nicht bloß bei der condictio obligationis.[4]) Alle diese Momente machen daher eine Interpolation der condictio ut liberet debitorem statt der actio incerti bzw. des 'ut vel liberet debitorem vel' unwahrscheinlich. Als Argument für eine solche Interpolation kann auch nicht betrachtet werden

> Paul. 9 § 1 D. 12, 4 Si quis indebitam pecuniam per errorem iussu mulieris sponso eius promisisset et nuptiae secutae fuissent, exceptione doli mali uti non potest: maritus enim suum negotium gerit — itaque adversus mulierem condictio ei competit, ut aut repetat ab ea quod marito dedit aut ut liberetur, si nondum solverit.

Es wird durch diese Entscheidung bestätigt, was in den vorher angegebenen Entscheidungen von der Stellung des

---

[1]) Vgl. oben S. 114. — [2]) Z. d. S.St. XXV 225. — [3]) Vgl. unten Nr. IV, 1. — [4]) Vgl. Pernice, Labeo III 205 [4].

Delegaten sowohl gegenüber dem Delegatar (keine exceptio aus der Person des Deleganten) wie gegenüber dem Deleganten (condictio auf Liberation bzw. auf die gezahlte Summe) gesagt worden ist. Anklänge an die actio incerti finden sich nicht. Die condictio auf Liberation von einer Schuld läßt sich aus den klassischen Quellen nicht beseitigen.[1])

Für Ulpian nimmt v. Mayr[2]) eine Sonderstellung bei der condictio obligationis an. An zwei Stellen ist v. Mayr geneigt, die condictio obligationis durch Annahme einer Interpolation zu beseitigen, jedoch nicht ohne Zweifeln. Es ist so viel zuzugestehn, daß 13 D. 46, 2 die condictio obligationis nicht ausdrücklich benennt; daß dies Fragment die condictio obligationis aber höchstwahrscheinlich umfaßt, beweisen Paul. 12 D. 46, 2 und die anderen Entscheidungen, welche dem delegierten Nichtschuldner die condictio auf Liberation gegen den Deleganten geben.[3]) Dagegen hält v. Mayr[4]) für interpoliert

> Marcell. bei Ulp. 8 § 2 D. 16, 1 Si mulier apud Primum pro Secundo intervenerit, mox pro Primo apud creditorem eius duas intercessiones factas Iulianus — scribit —, et ideo et Primo restitui obligationem et adversus eum. Marcellus autem notat esse aliquam differentiam, utrum hoc agatur, ut ab initio mulier in alterius locum subdatur et onus debitoris, a quo obligationem transferre creditor voluit, suscipiat, an vero quasi debitrix delegetur, scilicet ut, si quasi debetrix delegata est, una sit intercessio. proinde secundum hanc suam distinctionem in prima visione, ubi quasi debetrix delegata est, exceptionem ei senatus consulti Marcellus non daret: sed condemnata vel ante condemnationem condicere utique ei a quo delegata est poterit vel quod ei abest vel, si nondum abest, liberationem.

---

[1]) Vgl. auch zutreffend H. Krüger, Z. d. S. St. XXI 428, der aber mit der herrschenden Meinung (oben S. 15 [2]) in diesen Fällen eine condictio auf incertum annimmt. Vgl. darüber unten Nr. IV. — [2]) a. a. O. XXV 226 fg. — [3]) Vgl. oben S. 115 [1]. — [4]) a. a. O. 226 [4].

Die Frau hat bei Primus für Secundus interzediert und bald darauf für Primus bei dessen Gläubiger C. Nach dem SC. Vellejanum ist die Interzession bei Primus klaglos. Der Primus hat daher für Secundus Zahlung nicht erhalten, und es wird daher dem Primus dessen Forderung gegen Secundus restituiert. Der Primus hat aber die Interzession der Frau für Secundus an seinen (des Primus) Gläubiger C delegiert. Auch diese Interzession ist nach dem SC. Vellejanum klaglos, und daher wird auch die Forderung des C gegen Primus restituiert. Julian nimmt hier zwei Interzessionen der Frau an, nämlich eine für Secundus und eine für Primus. Marcellus unterscheidet, ob die Frau von Anfang an mit ihrer Interzession für Secundus bei Primus an den C gewiesen werden sollte. Hier übernahm sie die Schuld des Secundus, welche der Primus auf C als Gläubiger übertrug. In diesem Falle liegen zwei Interzessionen vor: die Frau tritt für die Schuld des Secundus ein mit einer Interzession bei Primus und bewerkstelligt diese Interzession bei Primus mit einer zweiten Interzession an C. Oder aber die Frau wurde zunächst Schuldnerin des Primus als Interzedentin des Secundus. Und nun delegiert Primus die Frau als Schuldnerin seinem Gläubiger C. In diesem Falle liegt nur eine Interzession der Frau vor, nämlich für Secundus bei Primus. Die Verpflichtung bei C ist nicht mehr Interzession, sondern Delegation. Nun ist aber die Schuld der Frau an Primus nach dem SC. Vellejanum klaglos. Es fragt sich, ob die Frau diese Einrede gegen den C geltend machen kann. Nach den allgemeinen Grundsätzen von der Nichtzulässigkeit der Geltendmachung gegen den Delegatar der dem Deleganten gegenüber zustehenden Einreden[1]) verweigert Marcell der Frau die exceptio SC. Vellejani gegen C[2]) und gibt ihr nur die condictio gegen den Deleganten Primus. Marcellus charakterisiert in unserer Entscheidung (8 § 2 D. 16, 1) den Unterschied zwischen Sukzession und Delegation.[3])

---

[1]) Vgl. oben S. 115 [1]. — [2]) Vgl. auch Tryph. 78 § 5 D. 23, 3 (unten Nr. IV 5) und Paul. 24 pr. D. 16, 1. — [3]) Vgl. v. Salpius, Novation 127 fg.

Eine Interpolation der condictio[1]) möchten wir in unserem Fragment (8 § 2 D. 16, 1) nicht annehmen, wenigstens nicht sachlich. Möglich ist, daß Ulpian an dieser Stelle von der condictio noch nicht gesprochen hat („visio" ist wohl Tribonianisch)[2]), sondern erst im § 3.[3]) Daß aber die condictio hier eingreifen konnte, beweist gerade der § 3. Fraglich kann es allerdings nach dieser Auffassung bleiben, ob die condictio auch auf die Liberation gehn konnte oder nur auf die von der Frau schon gezahlte certa pecunia. Nun haben wir gesehn[4]), daß allgemein dem Delegaten die condictio gegen den Deleganten auf Liberation gegeben wird. Für die Interpolation der condictio beruft sich v. Mayr auf

> Paul. 24 § 2 D. 16, 1 Si senatus consulti beneficium intervenit, utrum statim cum mulier intercesserit actio in priorem debitorem competit, an si mulier solutum condicat? puto statim, et non exspectandam solutionem.

Hier sieht es allerdings aus, als ob „Paulus die condictio ausdrücklich auf den Fall der solutio beschränkt". Bei Anspruch auf Liberierung würde somit die actio zustehn, dagegen bei Anspruch auf Rückgabe der gezahlten Geldsumme die condictio. Das wäre allerdings eine höchst bedeutungsvolle Entscheidung. Aber v. Mayr hat die Stelle mißverstanden, woraus ihm bei dem Umfange des Kondiktionenmaterials ein Vorwurf nicht gemacht werden soll: dergleichen lapsus sind den größten Forschern durch die Finger gelaufen. Das Mißverständnis klärt sich auf, wenn wir hinzuziehn das pr. und den § 1 unseres Fragmentes (24 D. 16, 1)

> Debitrix mulier a creditore delegata pro eo cui delegata est promisit: non utetur exceptione. Sed si pecuniam promisit, ne delegetur, intercessisse videtur.

Hier folgt unser § 2.

Die Schuldnerin (natürlich aus einer giltigen Schuld, welche durch die exceptio SC. Vellejani nicht entkräftet

[1]) Pernice, Labeo III 205 [1]. — [2]) v. Mayr a. a. O. 226 [4]. — [3]) Dies verwertet v. Mayr a. a. O. zur Stützung einer Interpolation. — [4]) oben S. 115 [1].

werden kann) ist von ihrem Gläubiger B an dessen Gläubiger C (pro eo — promisit) delegiert worden und hat dem C promittiert. Hier liegt Delegation einer giltigen eigenen Schuld der Frau und nicht Interzession der Frau für eine fremde Schuld vor. Die exceptio SC. Vellejani kommt daher nicht in Betracht. Hat dagegen die Frau dem C promittiert für ihren Gläubiger B, ohne daß eine Delegation (und also Liberierung der Frau gegenüber B) stattgefunden hat, dann liegt Interzession vor. Es fragt sich nun (§ 2), ob im Falle solcher Interzession seitens der Frau dem C trotzdem sofort die Klage gegen den früheren Schuldner B zusteht; denn die Interzession der Frau ist für C wertlos. Oder ob der C erst abwarten muß, daß die Frau trotz freiwilliger Zahlung das Gezahlte von dem C nicht kondizieren werde.[1]) Mit anderen Worten: der C kann seine frühere Schuldklage gegen B erst dann erheben, wenn es sich zeigt, daß er durch die Delegatin nicht endgültig befriedigt ist. Paulus entscheidet mit Recht, daß der C sofort seine Forderung gegen B geltend machen könne, natürlich mit der Schuldklage.[1]) Es handelt sich hier also gar nicht um die condictio der Delegatin gegen den Deleganten, sondern um die condictio seitens der Interzedentin auf das gegen SC. Vellejanum Gezahlte.[2]) Es handelt sich ferner nicht um die actio der Delegatin gegen den Deleganten auf Liberierung, sondern um die Schuldklage des früheren Gläubigers C, welcher mit einer (wegen des SC. Vellaeanum wertlosen)[3]) Forderung an die Frau abgefunden worden ist.[4]) Auf Marcian 40 pr. D. 12, 6 wird sich v. Mayr für die Interpolation unseres Fragmentes (8 § 2 D. 16, 1) kaum berufen dürfen, denn dort ist ganz allgemein von der condictio des indebite Gezahlten die Rede: condictio des Gezahlten und condictio auf Liberierung bei

[1]) Vgl. Ulp. 8 § 10 D. 16, 1. — [2]) Ulp. 8 § 10 D. 16, 1, Marcian 40 pr. D. 12, 6. Vgl. oben Bd. I 78 fg. (natürlich bezieht sich das hier Gesagte auch auf das SC. Vellaeanum: ut accidit in senatus consulto de intercessionibus). — [3]) Ulp. 8 § 9 D. 16, 1 inanem obligationem dimisit. — [4]) Ulp. 8 § 7 D. 16, 1 Quotiens pro debitore intercesserit mulier, datur in eum pristina actio, etsi ille prius acceptilatione liberatus est quam mulier intercesserit.

noch nicht erfolgter Zahlung werden gar nicht gegenübergestellt. Die actio restitutoria, welche angeben Jul. 14 D. 16, 1 Afric. 20 D. 16, 1, Gaius 13 § 2 D. eod., Marcell 8 § 9 D. 16, 1, Paul. 1 § 2 D. eod., Ulp. 8 § 7, §§ 10—13 D. 16, 1, worauf sich v. Mayr beruft, ist die actio des Gläubigers gegen seinen früheren Schuldner, während in unserem Fragmente (8 § 2 D. 16, 1) es sich um die condictio des Delegaten gegen den Deleganten handelt.

Wir glauben daher nicht, daß die condictio „sachlich" in unserem Fragment (8 § 2 D. 16, 1) interpoliert sei. v. Mayr selbst hält dies für „unglaubwürdig"[1]), wenn er auch Zweifel gegenüber der Stelle nicht unterdrückt.

In den übrigen Fragmenten Ulpians, welche von der condictio obligationis sprechen[2]), kommt nach v. Mayr[3]), dessen Sonderstellung zu der condictio obligationis[4]) zum Ausdruck. Denn eine Interpolation könne für diese Stellen nicht angenommen werden. Die Sonderstellung Ulpians bestehe aber darin, daß er in diesen Fragmenten die condictio obligationis als condictio rei auffasse.[5]) Dies beweise die Ausdrucksweise obligationem[6]), liberationem[7]) condicere, während sonst in den Fällen der sog. condictio incerti die indirekte Ausdrucksweise (condicere ut liberaretur u. dgl.)[8]) üblich ist.[9]) Wir können von uns hinzufügen, daß in der Tat in den Konstitutionen der Kaiser bei der condictio auf Liberierung die condictio der Schuldurkunde angenommen wird.[10]) Aber die Schlußfolgerung, welche v. Mayr aus der Ausdrucksweise obligationem, liberationem condicere zieht, können wir nicht

---

[1]) a. a. O. XXV 227 [1]. So auch schon Trampedach, Condictio incerti, Z. d. S. St. XVII 140 [2]. — [2]) 4 D. 12, 4, 24 D. 12, 6, 1 pr. D. 12, 7, 1 pr. D. 36, 4. — [3]) a. a. O. XXV 227. — [4]) Die condictio cautionis läßt v. Mayr an dieser Stelle außerhalb seiner Erörterung. Vgl. darüber oben S. 45 [4. 5. 7] und unten Nr. IV, 5. — [5]) a. a. O. XXV 228 [3. 4]. 229. — [6]) 1 pr. D. 12, 7. — [7]) 1 pr. D. 36, 4. — [8]) Vgl. oben S. 45 und unten Nr. IV, 1. — [9]) Auf die Ausdrucksweise obligationem condicere hat schon Naber, Observat. de iure romano, Mnemosyne XX (1892) 101 fg. aufmerksam gemacht. Derselbe zieht ebenso wie v. Mayr daraus den Schluß (S. 101): „condici obligationes sicuti certa corpora condicuntur". — [10]) 3 C 4, 5 a. 293 (also aus später Zeit), 2 C 4, 9 a. 293. Vgl. v. Mayr a. a. O. 221 [4] und unten Nr. IV, 6.

billigen. Es liegt wohl darin nur eine ungenaue Breviloquenz, wie auch in der Kondiktion der Schuldurkunde nur eine ungenaue Breviloquenz enthalten ist. Die gerügte Ausdrucksweise kommt übrigens auch sonst vor, so cautionem condici[1]), liberationem condicere bei Marcell[2]), obligationis condictio bei Tryphoninus[3]), indebiti promissi condictio[4]), per condictionem obligationem repetere.[5]) Die Ausdrucksweise hat wohl nicht mehr auf sich, wie das ungenaue obligationem recipere schon bei Julian.[6]) Aber v. Mayr[7]) gesteht selbst zu, daß diese Ausdrucksweise gegen ihn spricht, denn man könne in diesen Fällen der condictio nicht die einfache actio substituieren.[8]) Daß Ulpian in diesen Fällen den Zusatz incerti vermeidet[9]), ist nichts Auffallendes. Wir haben bereits hervorgehoben, daß in der Hälfte der Fälle, welche von der sog. condictio incerti handeln, der Zusatz incertum bzw. incerti nicht gemacht ist, was eben für die Interpolation dieser Zusätze spricht.[10]) Aber wie daraus folgen soll, daß die condictio obligationis als condictio rei aufgefaßt werden soll, ist uns nicht verständlich. Dagegen schließen wir gern aus der obigen Ausdrucksweise, daß die condictio obligationis als condictio auf ein certum erscheint. Dies entspricht ganz unserer Auffassung.[11]) Trampedach[12]), auf den v. Mayr[13]) hier verweist, nimmt an, daß für die condictio cautionis die Konzeption der Formel auf dare oportere ging. Dies sei „um so wahrscheinlicher, als auch sie, wie die condictio der Impensen, mit der Denkform 'quasi plus solutum' begründet wird (3 § 10 D. 35, 3). Ein Hingeben erfordert, wenn es rückgängig gemacht werden soll, logisch ein Zurückgeben, und es ist keines-

---

[1]) Pomp. bei Ulp. 16 § 2 D. 4, 4, Ulp. 5 § 1 D. 7, 5, Ulp. 7 pr. D. 7, 9, 3 C 2, 6 a. 240. — [2]) bei Ulp. 8 § 2 D. 16, 1, auch 6 C 1, 18 a. 294. — [3]) 76 D. 23, 3. — [4]) Ulp. 31 D. 12, 6. — [5]) 7 C 4, 30 a. 223. — [6]) 18 § 1 D. 39, 6. — [7]) a. a. O. XXV 227. — [8]) Denn die übrigen Juristen (Julian, Pomponius, Paulus) nehmen nach v. Mayr in den Fällen der condictio obligationis überhaupt nicht die condictio, sondern die actio incerti an. Vgl. oben S. 88 fg. — [9]) v. Mayr a. a. O. 227 [7]. — [10]) oben S. 45 [7]. — [11]) Vgl. oben S. 20. — [12]) Condictio incerti, Z. d. S.St. XVII 134. — [13]) a. a. O. 228 [2].

wegs anzunehmen, daß die Denkform im Widerspruche mit der Formel geschaffen worden sei! Die Denkform muß viel eher in Berücksichtigung der Formel geschaffen worden sein. Die Denkform des 'plus solutum' besitzt jedenfalls begrifflich den Charakter des Certum, und damit stimmt die Formel auf dare oportere durchaus überein". Unserer Auffassung nach billigen wir in diesen Ausführungen von Trampedach so viel, als auch wir annehmen, daß die condictio obligationis (und also auch die condictio cautionis) eine condictio auf certum ist. Dagegen glauben wir nicht, daß die condictio obligationis auf dare oportere gestellt war. Denn die Liberation oder Promission kann nur ein facere sein. Die Ausdrucksweise stipulatione data (Ulp. 15 pr. D. 3, 3), auf welche sich Trampedach beruft, ist singulär und eine ungenaue Ausdrucksweise. Wir kommen hierauf bei der Untersuchung unseres gesamten Materials ausführlich zu sprechen.[1]) Wenn nun v. Mayr[2]) weiter folgert, daß die intentio der condictio obligationis „die zu errichtende oder zu erlassende Stipulation" zum Gegenstande hatte, so sind wir damit einverstanden. Wir glauben eben, daß die intentio der sog. condictio incerti auf ein facere gerichtet war. Aber v. Mayr stellt seine Ansicht bloß für die condictio obligationis bei Ulpian auf; bei der condictio cautionis und auch bei der condictio obligationis nach der Auffassung von Julian, Pomponius und Paulus nimmt v. Mayr an, daß überhaupt keine condictio, sondern die actio incerti vorliege.[3]) Die condictiones impensarum, possessionis und servitutis gelten ihm dagegen als condictiones certae rei.[3]) So hat Ulpian nach der Auffassung v. Mayrs die condictio obligationis unter die condictio certae rei gestellt und sie damit den condictiones impensarum, possessionis, servitutis angereiht, welche nach der Auffassung v. Mayrs gleichfalls condictiones certae pecuniae bzw. certae rei waren.[4]) Wir haben schon hervorgehoben[5]), daß die condictio obligationis nicht als condictio rei gelten

---

[1]) Vgl. unten Nr. IV. — [2]) a. a. O. XXV 228 unten. — [3]) Vgl. oben S. 86 fg. — [4]) Vgl. oben S. 87 [4]. — [5]) oben S. 125. 126.

und die Formel bei ihr nicht auf dare oportere gehn kann. Für einen so exorbitanten Satz darf sich v. Mayr nicht auf Tryph. 76 D. 23, 3 [1]) berufen; denn hier ist nur gesagt, daß die condictio nicht bloß auf pecunia und res, sondern auch auf eine Obligation gehn kann. Damit wird eben die condictio obligationis neben der condictio pecuniae und rei anerkannt, und die Selbständigkeit dieser condictio gegenüber den condictiones pecuniae und rei hervorgehoben. Wäre die condictio obligationis eine condictio rei, so würde Tryphonin sie doch nicht neben jenen beiden Kondiktionen besonders angeführt haben. Es spricht daher Tryphonin in der Stelle ganz präzise von remittatur obligatio per condictionem: so würde er doch nicht von einer condictio rei sich ausdrücken. Im übrigen läßt v. Mayr [2]) noch die Möglichkeit zu, daß die vordringende cognitio extraordinaria der Anerkennung der condictio obligationis Vorschub geleistet habe. Die Annahme Nabers [3]) von einer doppelten Interpolation der condictio incerti, erst durch Ulpian, dann durch Justinian, sei daher nicht ohne Berechtigung. Es sei möglich, daß Ulpian die actio incerti, welche er bei Julian vorfand, in die condictio incerti umwandelte, wobei die allgemeine weitgehende Bedeutung von condictio [4]) vielleicht nicht ohne Einfluß war.

Im Resultate vermögen wir uns somit nicht der Auffassung v. Mayrs anzuschließen, wonach in einem Teile der Anwendungsfälle der sog. condictio incerti, namentlich in der condictio obligationis, eine actio incerti vorliege. Daß in den Fällen der condictio obligationis in den Quellen Anklänge an eine unbestimmte intentio in der Formel enthalten seien, läßt sich nicht erweisen.[5]) Der Schluß, den v. Mayr daraus zieht, daß die Formel in den Fällen der condictio obligationis identisch sei mit der Formel der actio incerti, wird damit hinfällig. Damit fällt aber eine sehr wichtige Stütze für die Auffassung v. Mayrs, daß die condictio obligationis für die klassische actio

---

[1]) unten Nr. IV. — [2]) a. a. O. XXV 229/230. — [3]) Mnemosyne XX 315 fg. — [4]) G. IV 5, Ulp. 25 pr. D. 44, 7. — [5]) Vgl. oben S. 97 fg. und unten § 18. Sehr entschieden zustimmend auch Lenel, Édit I 177. 178.

incerti interpoliert sei. Als weitere Stützen hat v. Mayr in scharfsinniger Exegese zahlreiche Einzelentscheidungen der römischen Juristen vorgeführt und an ihnen darzutun versucht, daß hier überall die condictio incerti für die actio incerti interpoliert sei. Wir glauben nicht, daß der Beweis für diese Interpolationen erbracht ist, und haben dies in unseren obigen Erörterungen im einzelnen durchzuführen gesucht. Nimmt v. Mayr an, daß die condictiones impensarum, servitutis, possessionis etc. als condictiones auf certum gelten, so ist es nicht ersichtlich, warum die condictio obligationis, welche doch auch zu den Fällen der sog. condictio incerti gehört, anders behandelt worden wäre. v. Mayr[1]) meint, daß hierzu die Spannkraft des certum nicht ausgereicht habe. Da ist es auffallend, daß bei Ulpian, wie v. Mayr hervorhebt, diese Spannkraft des certum sich bewährt hat: denn nach den Ausführungen v. Mayrs[2]) erscheint bei Ulpian die condictio obligationis als condictio certae rei. Dagegen stimmen wir v. Mayr darin bei, was auch schon Trampedach zum Ausdruck gebracht hat[3]), daß die Anwendungsfälle der sog. condictio incerti lediglich Anwendungsfälle der condictio auf certum sind. Von der Auffassung bei Trampedach unterscheidet sich v. Mayr nur darin, daß Trampedach dies für alle Anwendungsfälle der sog. condictio incerti annimmt, während v. Mayr eine Ausnahme für die condictio obligationis statuiert, welche ihm für die actio incerti interpoliert erscheint. Nur bei Ulpian sei die condictio obligationis nicht interpoliert für die actio incerti, erscheine vielmehr als condictio certae rei. Nach unserer Auffassung erscheinen aber die Anwendungsfälle der sog. condictio incerti als Anwendungsfälle der condictio auf certum nicht auf Grund einer ‚Dehnung' des certum, sondern deshalb, weil in diesen Anwendungsfällen der condictio ebenso ein certum vorliegt, wie bei der condictio certae pecuniae und certae rei. Wir glauben, daß die condictio incerti mit dem

---

1) a. a. O. Z. d. S.St. XXV 203 [2. 3]. — 2) Vgl. oben S. 124 [5]. — 3) Vgl. oben S. 80.

incertum nichts zu tun hat, weder formell (da der Zusatz incerti interpoliert ist)[1]) noch auch sachlich. Unsere Aufgabe wird es sein zu untersuchen, wie man in nachklassischer Zeit auf die Bezeichnung condictio incerti gekommen ist.[2]) Stimmen wir sowohl v. Mayr wie Trampedach nicht darin bei, daß die Anwendungsfälle der sog. condictio incerti auf einer ‚Dehnung' des certum beruhn, so können wir gleichfalls beiden Autoren nicht darin folgen, daß die sog. condictio incerti auf dare oportere gerichtet war, indem auch die Bedeutung des dare ‚gedehnt' worden sei, so daß das dare zur Anwendung kam, trotzdem in den Fällen der sog. condictio incerti es sich nicht um die Verpflichtung zur Eigentumsverschaffung (dare) seitens des Beklagten handelt. Vielmehr nehmen wir an, daß die sog. condictio incerti auf facere oportere gestellt war.[3])

III. Im Gegensatz zur herrschenden Ansicht, welche wenigstens materiell die Existenz der sog. condictio incerti anerkennt[4]), vertritt Pflüger[5]) eine geistreiche Auffassung, infolge deren er die Existenz der sog. condictio incerti leugnet. Nach Pflüger geht die condictio immer auf ein certum.[6]) Eine condictio incerti gäbe es nicht.[7]) Da auch wir der Auffassung huldigen, daß die condictio immer auf ein certum gerichtet war, und daß es eine condictio incerti nicht gab[8]), da wir aber andererseits der Durchführung und Begründung dieser Auffassung durch Pflüger entschieden nicht beitreten können, so haben wir uns mit den Ausführungen Pflügers im einzelnen auseinanderzusetzen.

Welches der Rechtsgrund der condictio ist, darüber spricht sich Pflüger eingehend nicht aus, da er sich in beiden Abhandlungen lediglich mit der prozessualen Bestimmung des Gegenstandes der condictio beschäftigt. Aus gelegentlichen Bemerkungen dagegen kann man ent-

---

[1]) Vgl. oben S. 45[6]. — [2]) Vgl. darüber unten Nr. IV, 1. — [3]) Vgl. unten Nr. IV und § 18. — [4]) Vgl. oben S. 16[4]. — [5]) Condictio incerti, Z. d. S. St. XVIII 75 fg. und Ciceros Rede pro Q. Roscio comoedo, rechtlich beleuchtet und verwertet (1904) 1 fg. — [6]) a. a. O. Z. d. S.St. XVIII 76. — [7]) a. a. O. 76. 113. — [8]) Vgl. oben S. 20 und unten Nr. IV, 7.

nehmen, daß Pflüger mit der herrschenden Ansicht die fehlende causa als Rechtsgrund der condictio annimmt.[1]) Ausdrücklich spricht sich aber Pflüger gegen die bona fides als Rechtsgrund der condictio aus.[2]) Wir werden Gelegenheit haben, gegen diese Auffassung unsere Argumente vorzutragen.[3])

Dagegen hat Pflüger eine fast verblüffende Entdeckung gemacht, was hier hervorgehoben sei. Die herrschende Meinung nimmt bekanntlich an, daß Cicero pro Q. Roscio als Kondiktionsfälle nur angäbe die condictio aus mutuum, aus expensi latio und aus stipulatio.[4]) Die „Bereicherungsfälle" müßten nach dieser Meinung erst „später" anerkannt worden sein. Da das letztere mit unseren Quellen nicht gut vereinbar ist[5]), so wird eine Polemik gegen Cicero durchgeführt.[6]) Pflüger[7]) macht darauf aufmerksam, daß Cicero nicht vom mutuum spricht, sondern von datio.[8])

---

[1]) Ciceros Rede pro Q. Roscio 95. — [2]) a. a. O. 93 fg. — [3]) unten § 22. — [4]) v. B.-Hollweg, Zivilprozeß II 265 [24], 816, Baron, Condictionen 156. 157. 160, Pfersche, Bereicherungsklagen 22, Pernice, Labeo III 220 II [2], 2 S. 93, v. Mayr, Condictio 51. 52, Mitteis, Condictio generalis, Jherings Jahrb. 39 (1898) 157 [2], H. Krüger, Z. d. S. St. XXI 421 Mitte. — [5]) Ulp. 6 D. 12, 5 Perpetuo Sabinus probavit veterum opinionem existimantium id, quod ex iniusta causa apud aliquem sit, posse condici: in qua sententia etiam Celsus est. Vgl. oben Bd. I 55 [2]. — [6]) So von Pernice, Labeo III 220. — [7]) Ciceros Rede pro Q. Roscio 15. Vorher hat dies freilich schon v. Savigny, System V 481/482 hervorgehoben; aber v. Savigny hat dies wieder dadurch verwischt, daß er das Darlehn als Ausgangspunkt der Kondiktionenlehre annahm (S. 511 fg.). So erklärt es sich wohl, daß man seitdem von mutuum, expensi latio und stipulatio als den ursprünglichen Kondiktionsfällen sprach. Jedoch führen v. Keller-Wach, Röm. Zivilpr. [6] § 88 [22] das Darlehn nur als Beispiel des dare nach Cicero pro Q. Roscio c. 4 an, ohne jedoch größeren Wert darauf zu legen. So auch Kappeyne v. de Copello, Abhandlungen I (1885) 220. 221. Auch Bekker, Aktionen I 97 und Z. d. S. St. IV 98 spricht schlechtweg von adnumerare, stipulari, expensum ferre. Dagegen hat als erster Girard, Droit romain [3] 608 [3] ausdrücklich darauf hingewiesen, daß Cicero a. a. O. c. 4. 5 nicht vom mutuum spricht, sondern von der allgemeineren datio. Auch Kipp, v. condictio in Pauly-Wissowa, Realencyclop. 853, 37 hebt dies hervor. — [8]) pro Q. Roscio c. 5 § 14 Pecunia petita est certa — Haec pecunia necesse est aut data, aut expensa lata, aut stipulata sit. Vgl.

Nach Cicero fallen somit in das Gebiet der condictio alle Dationsfälle, d. h. alle Fälle, wo der Kläger dem Beklagten etwas zugewendet (gegeben) hat und nun die „Bereicherung“ vom Beklagten zurückfordert. Sonach sind die meisten „Bereicherungsfälle“ (condictiones indebiti, causa data causa non secuta etc.) schon Cicero bekannt, oder wenigstens schließt Cicero die Existenz der condictio für die „Bereicherungsfälle“ nicht aus. Hierin hat Pflüger sicherlich recht. Aber Pflüger betont wohl zu sehr, daß Cicero nur von der datio (neben der expensi latio und stipulatio) spricht. Pflüger[1]) sieht daher in Cicero den Schlüssel zu der Erkenntnis des klassischen Kondiktionenrechtes. Die condictio sei nur in den Dationsfällen anerkannt.[2])

Pflüger spricht, wie überhaupt die neueren Autoren[3]) und auch wir, von „Dationsfällen“ da, wo man in der älteren Literatur, und zum Teil noch heute[4]), von den Bereicherungsfällen spricht, in denen die Bereicherung des Beklagten durch den Kläger bzw. mit Willen des Klägers eingetreten ist. Unseren „Nichtdationsfällen“ stellt man diejenigen Bereicherungsfälle an die Seite, in denen die Bereicherung des Beklagten nicht durch den Kläger bzw. mit dessen Willen eingetreten ist.[5]) v. Mayr nimmt sogar in seinen Bereicherungsbegriff auf, daß die Bereicherung nicht mit Willen des Klägers eingetreten sei. Daher läßt v. Mayr als Bereicherung im technischen Sinne nur eine solche Bereicherung gelten, und nennt diese Bereicherung

---

auch Gellius, N. A. XIV 2 § 4 Petebatur apud me pecunia, quae dicebatur data numerataque; nach § 7 ib. umfaßt die datio sogar die expensi latio und wohl auch die stipulatio. Unter datio ist danach jeder Art ‚Zuwendung‘ zu verstehn.

[1]) Ciceros Rede pro Q. Roscio 100. — [2]) Ciceros Rede pro Q. Roscio 15. 34. 37. 64. 79. 85. 95. 98. — [3]) z. B. Pernice, Labeo III 236, Kipp, v. condictio in Pauly-Wissowa, Realencyclop. 854, 59 fg. u. a. — [4]) Witte, Bereicherungsklagen 1 fg., Pfersche, Bereicherungsklagen 93 fg., Pavlíček, Klagen aus ungerechtfert. Bereicherung (1878) §§ 1. 2, Windscheid-Kipp, Pandekten II[8] § 423. — [5]) Witte a. a. O. 254 fg., Pfersche a. a. O. 52 fg., Windscheid-Kipp a. a. O. § 422, 2.

die „zufällige“ Bereicherung.[1]) Da nun weiter v. Mayr annimmt, daß die condictio nur in den Dationsfällen vorkommt, so gelangt er konsequent zu dem Resultat, daß die condictio überhaupt nicht Bereicherungsklage gewesen sei. In den Dationsfällen, wo die condictio ausschließlich vorkomme, sei sie eine schlichte „Rückforderungsklage“ aus einem ungiltigen oder doch ‚eigentlich‘ ungiltigen Rechtsgeschäfte.[2]) Aber v. Mayr bleibt sich nicht konsequent. Insbesondere nimmt v. Mayr[3]) für das deutsche bürgerliche Gesetzbuch einen ‚Bereicherungsanspruch‘ auch in den Dationsfällen an. Freilich war hier v. Mayr durch die gesetzliche Vorlage gebunden. Aber wollte v. Mayr seiner Auffassung von der condictio und seinem Bereicherungsbegriffe treu bleiben, so müßte er nachweisen, daß in den Dationsfällen des BGB. wissenschaftlich nicht ein ‚Bereicherungsanspruch‘ vorliege, sondern nur ein ‚Rückforderungsanspruch‘ aus einem ungiltigen Rechtsgeschäft. Wir wollen an dieser Stelle in eine Polemik nicht eintreten, da wir noch einmal auf den Rechtsgrund der condictio zu sprechen kommen.[4]) Aber hervorheben wollen wir schon hier, daß wir in der Literatur uns fortwährend im Kreise herumdrehen werden, wenn wir nicht die Frage entscheiden, ob wir die condictio als eine ‚Reaktion‘ gegen die Rechtssätze des Systems anerkennen wollen oder nicht.[5]) Bedarf das Rechtssystem einer solchen ‚Reaktion‘? Soll eine Vermögensvermehrung, welche jemand vollgiltig gemacht hat, ihm wieder entrissen werden dürfen? Wir nehmen an, daß wir eine solche ‚Reaktion‘ nicht entbehren können, da es immer Fälle geben wird, wo eine nach den Rechtssätzen des Systems eingetretene Vermögensvermehrung als unbillig empfunden wird. Die römische exceptio bietet für das Aktionensystem ein Pendant.[6]) Erkennen wir die Notwendigkeit einer solchen ‚Reaktion‘ an, so ist es nur eine Frage wissenschaftlicher Konstruktion, ob wir als rechtliche

---

[1]) Vgl. oben Bd. I 15 fg. und v. Mayr, Condictio incerti, Z. d. S.St. XXV 232 [1, 2]. — [2]) Vgl. oben Bd. I Vorwort p. VI fg. — [3]) Der Bereicherungsanspruch des deutschen bürgerlichen Rechtes (1903) 420 fg. — [4]) unten § 22. — [5]) Vgl. in bejahendem Sinne und sehr entschieden H. Krüger, Z. d. S. St. XXIV 468 Mitte. — [6]) Vgl. oben Bd. I 30.

Grundlage für diese ‚Reaktion', für die condictio, die mangelnde causa oder die bona fides annehmen wollen.[1]) Schon dadurch, daß wir die condictio als ‚Reaktion' gegen die Rechtssätze des Systems betrachten, ist eine Schranke für das Anwendungsgebiet der condictio gezogen. Die Befürchtungen, daß in unbeschränkter Weise Kondiktionsansprüche geschaffen werden könnten, sind daher nicht zu billigen.[1]) Wollen wir aber das Bedürfnis nach einer ‚Reaktion' gegen die Rechtssätze des Systems leugnen, dann bedürfen wir freilich der condictio nicht, aber wohl auch nicht des „Bereicherungsanspruches" bei ‚zufälliger' Vermögensvermehrung.

Darin, daß die condictio nur in Dationsfällen anerkannt sei, können wir Pflüger nicht zustimmen. Wir haben zahlreiche Nichtdationsfälle, in denen zweifellos die condictio eingreift.[2]) Auch Ciceros Worte dürfen nicht zu sehr in Anschlag gebracht werden, namentlich da, wo ihm augenfällig darum zu tun ist, seinen Klienten „rein zu waschen". Daß die Dationsfälle die große Masse der Kondiktionsfälle ausmachen, wissen wir auch aus unseren juristischen Quellen.[3]) Aber ebensosicher wissen wir, daß die römischen Juristen über die Dationsfälle hinausgegangen sind und das Eingreifen der condictio zugelassen haben, trotzdem etwas zurückgefordert wird, was der Kläger dem Beklagten keineswegs „gegeben" hat.[4]) Pflüger[5]) läßt dies höchstens als eine Sondermeinung des Sabinus gelten.

In der Hauptsache beschäftigt sich Pflüger in seinen beiden Abhandlungen mit der prozessualischen Bestimmung des Gegenstandes der condictio. Und darauf kommt es auch uns in unseren Untersuchungen an. Die

---

[1]) Vgl. im übrigen unten § 22. — [2]) Hierauf hat nachdrücklichst schon Pernice, Labeo III 220 oben, 235. 236 hingewiesen. Vgl. unten Anm. 4. — [3]) Die Systematisierung der Kondiktionsfälle durch die Schaffung der Figuren (condictio causa data c. n. s., condictio indebiti usw.) bezieht sich lediglich auf die Dationsfälle. Vgl. oben Bd. I 28 [1]. 29 [1]. — [4]) Zustimmend v. B.-Hollweg, Zivilprozeß II 272 [74]. 273 [75], Bekker, Aktionen I 117 und Z. d. S.St. XXV 391. 392, Pernice, Labeo III 220. 235. 236 [1], Erman, Beiträge zur Publiciana, Z. d. S.St. XIII 216 [1]. 221 [2], Kipp, v. condictio in Pauly-Wissowa, Realencyclop. 854, 59 fg. Vgl. auch unten § 22. — [5]) a. a. O. 56 fg.

condictio faßt Pflüger durchaus als Bereicherungsklage auf.[1]) Der Gegenstand der Bereicherung werde aber nicht unmittelbar, sondern mittelbar, und zwar in folgender Weise bestimmt. Der Gegenstand der condictio müsse stets schon in iure in bestimmter Weise (als ein certum) angegeben werden. Damit sei aber keineswegs gesagt, als ob schon die „Bereicherung" des Beklagten in iure angegeben werden müsse. Die condictio sei immer auf eine bestimmte Sache (certa pecunia oder certa res) gerichtet. Die Formel der condictio gehe danach in der intentio stets auf dare oportere, niemals auf facere oportere. Die condictio stütze sich darauf, daß dem Beklagten bei Erwerb der Sache die causa gemangelt habe. Aber der Beklagte brauche nicht immer die ganze Sache herauszugeben. Der Beklagte könne gegenüber der condictio des Klägers, welcher seine Klage auf die ganze dem Beklagten gegebene Sache richte[2]), eine exceptio geltend machen. Auf Grund der exceptio werde dann in iudicio festgestellt, ob der Beklagte die ganze ihm vom Kläger gegebene Sache herauszugeben habe oder nur einen Teil derselben. Der iudex fordere nämlich den Beklagten auf, freiwillig dem Kläger herauszugeben, was dem Kläger nach Berücksichtigung der exceptio des Beklagten gebühre. Leiste der Beklagte dieser Aufforderung des iudex Folge, dann werde der Beklagte von der Herausgabe der ‚ganzen' Zuwendung seitens des Klägers absolviert.[3]) Leiste der Beklagte der Aufforderung nicht Folge, dann werde der Beklagte [doch wohl zur Strafe!] zur Herausgabe der ‚ganzen' Sache verurteilt. Diesen letzteren Schluß macht Pflüger nicht; aber er folgt aus seiner Auffassung, wie wir sehn werden. Im Resultate meint Pflüger[4]), daß die ‚Bereicherung' erst in iudicio festgestellt werde. Die condictio sei stets vom Kläger auf eine bestimmte Sache gerichtet, ohne daß aber

---

[1]) Vgl. oben Bd. I 14 fg. — [2]) Pflüger, Ciceros Rede 30 unten: Die condictio geht „auf die Sache selbst, die geschenkt worden, also data ist". — [3]) Pflüger a. a. O. Z. d. S. St. XVIII 79—81. — [4]) Ciceros Rede pro Q. Roscio 30 unten: „Die Beschränkung der Kondemnation auf den Betrag, um den der Beschenkte noch bereichert ist, war Sache des iudex."

der Kläger verpflichtet sei, schon in iure das anzugeben, was er als ‚Bereicherung' des Beklagten beanspruche. Die condictio sei auf die ganze dem Beklagten zugewendete Sache gerichtet, weil die ganze Sache quasi indebite geleistet sei. Daher spricht Pflüger in diesen Fällen von einer condictio indebiti quasi plus debito soluti.[1]) Auf Geld gehe die condictio nur, wenn Geld gegeben worden ist.[2]) Danach folgt Pflüger der Ansicht, wonach es einen Unterschied macht, ob es sich um die Kondizierung von Geld oder anderen Sachen handelt.[3]) Aber natürlich

---

[1]) Condictio incerti, Z. d. S. St. XVIII 79. 85 fg. und Ciceros Rede pro Q. Roscio 38. 39. 41 oben. — [2]) Ciceros Rede pro Q. Roscio 32. Vgl. unten § 21. — [3]) Pernice, Labeo II [2], 2 S. 103: „Der Gegenstand der Kondiktion war in beiden Figuren (sc. actio certae creditae pecuniae und condictio certae rei) nicht das gleiche. 1. Bei der Geldkondiktion ist es der Wertbetrag, den die geforderte Geldsumme darstellt: diese ist auf den Beklagten als ‚Bereicherung' übergegangen. — Dagegen 2. bei der Sachkondiktion ist das Objekt der Klage die Sache, die ins Vermögen des ‚Bereicherten' übergegangen ist. Freilich muß sich der Kläger mit einer Geldabfindung begnügen: es gibt kein Mittel, ihm die Sache selbst zu verschaffen —. Die Abschätzung liegt vollständig in der Hand des Richters, und damit ist die Möglichkeit vorhanden, die besonderen Umstände zu berücksichtigen: der Richter kann statt des Gegenstandes mehr oder weniger zubilligen; das quanti ea res est umfaßt auch das Gesamtinteresse des Klägers." Zustimmend Dernburg-Biermann, Pandekten II [7] § 141, 4 c, vgl. oben S. 11 [2]. Aus Z. 2 in der zitierten Stelle bei Pernice darf man nicht etwa entnehmen, als ob Pernice bei der Sachkondiktion die Pflügersche Ansicht vertreten habe, wonach die ganze hingegebene Sache den Gegenstand der condictio bildet. Nach Pernice ist Gegenstand der condictio die ‚Bereicherung', „die Sache, die ins Vermögen des ‚Bereicherten' übergegangen ist". Wenn also z. B. A an B von zwei Häusern eines verkauft und bemerkt, daß das verkaufte Haus zugunsten des nicht verkauften mit einer Servitut belastet werden solle, aber bei der Übereignung die Servitut nicht bestellt, Marcian 35 D. 8, 2, so wird nach Pernice die unterlassene Servitutbestellung kondiziert, wobei aber mit Hilfe der Geldkondemnation dem iudex eine weitherzige Beurteilung der ‚Bereicherung' auf Grund des quanti ea res est der Formel zusteht. Nach Pflüger a. a. O., Z. d. S. St. XVIII 85/86 dagegen geht die condictio auf Rückgabe des ganzen verkauften Hauses. Der Beklagte kann aber auf Grund der erfolgten Manzipation die exceptio doli vorschützen: und nun wird der Kläger mit seiner condictio auf das ganze verkaufte Haus

nimmt diese letztere Ansicht nicht, wie Pflüger, an, daß die condictio auf die ganze ‚hingegebene' Sache geht[1]: vielmehr geht danach die condictio von vorneherein auf die ‚Bereicherung', welche nach der herrschenden Ansicht durch die vom Beklagten empfangene Sache vorgestellt wird. Als ‚Bereicherung' gilt aber der herrschenden Ansicht nicht die ganze empfangene Sache, sondern die empfangene ‚Vermögensvermehrung', also im gegebenen Falle nur das plus.[2]

Aber Pflüger gibt seine Auffassung nicht bloß allgemein an, sondern er sucht auch dieselbe an der Hand des gesamten Materials, was natürlich seine Pflicht war, zu erweisen. Dabei bedient sich aber Pflüger der Hilfe einer zum Teil ganz gewaltsamen Annahme von Interpolationen. Wir müssen auf die von Pflüger angewandte Methode der Feststellung von Interpolationen mit einigen Worten eingehn. Allgemein stehn wir heute auf dem Standpunkte, daß eine Interpolation nur dann angenommen werden darf, wenn die konkrete vorliegende Stelle sprachlich anstößig ist. Seit Eisele[3] und Gradenwitz[4] wird dies von niemandem bestritten, im Gegenteil von den solidesten Forschern ausdrücklich betont und praktisch geübt.[5] Pflüger befolgt eine andere Methode bei der Feststellung von Interpolationen. Er geht von einem Fragment aus, welches sprachlich anstößig und der Interpolation überführt oder wenigstens verdächtig ist. Auf Grund dieser festgestellten Interpolation gibt dann Pflüger dem betreffenden Fragmente einen ganz bestimmten Sinn. Auf Grund dieses festgestellten Sinnes — und hier

---

abgewiesen, sofern der Beklagte freiwillig die Servitut bestellt. Über unsere Stellung zu dieser Auffassung vgl. den Text.

[1]) Vgl. oben S. 135 [3]. — [2]) Vgl. oben S. 10 fg. — [3]) Interpolationen in den Digesten und im Kodex, Z. d. S.St. VII, 1 S. 16 fg., X, 296 fg., XI, 1 fg., Beiträge 225 fg. — [4]) Interpolationen in den Pandekten, Z. d. S.St. VII, 1 S. 45 fg. u. Interpolationen in den Pandekten (1887) 1 fg. — [5]) Pernice, Labeo II [2], 1 S. 294 [1], 399 u. a., Bekker, Z. d. S.St. XXV 392/393, Lenel, Palingenesia iuris civilis I praefatio p. 3 und Z. d. S.St. IX 177 fg., Erman, Entstammt BGB. § 226 Tribonian oder Celsus?, Z. d. S.St. XXV 360 [2], H. Krüger, Z. d. S.St. XXI 423. 424, Jörs, v. Digesta in Pauly-Wissowa, Realencyclop. 524, 21 fg.

liegt der „Sprung“, den Pflüger macht — erklärt er dann alle Fragmente für interpoliert, welche dem von ihm in dem bestimmten Sinne aufgefaßten Fragmente widersprechen.[1]) Diese Methode der Feststellung von Interpolationen[2]) können wir nicht billigen. Vielmehr müssen wir behaupten, daß nur diejenige Ansicht als wissenschaftlich erwiesen betrachtet werden darf, welche sämtliche einschlagenden Entscheidungen der römischen Juristen auf sich zu vereinigen imstande ist. Soweit in den Entscheidungen Interpolationen angenommen werden, muß in jedem einzelnen Falle aus sprachlichen Gründen die Interpolation erwiesen werden. Es muß ja zugestanden werden, daß wir eine Garantie für absolute Wahrheit mit dieser Methode nicht haben. Es ist die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, daß selbst in einer Reihe von Entscheidungen sprachliche Anstöße sich nicht finden, und trotzdem objektiv Interpolationen vorliegen. Aber wissenschaftlich sind diese Interpolationen nicht feststellbar: denn Wissenschaft ist das Forschen auf Grund einer bestimmten Methode. Wir haben zugestanden, daß es möglich ist, daß nach unserer Methode Interpolationen übersehn werden. Aber dieser Fehler ist ein geringeres malum necessarium, als wenn wir schlechtweg Interpolationen schon da annehmen, wo der Text unserer Quellen einer vorgefaßten Meinung nicht entspricht: denn dann verlieren wir jede feste Grundlage für unsere Forschungen.[3]) Wir müssen bedenken, daß die einmal festgestellten Interpolationen nunmehr die Grundlage auch für Forschungen bezüglich anderer Fragen bilden! Nach der heute allgemein anerkannten Methode der Feststellung von Interpolationen sind Fehler allerdings nicht ausgeschlossen. Aber nach der von Pflüger beobachteten

[1]) Ciceros Rede pro Q. Roscio 17: „Denn was durch diese berüchtigte, heute allseitig als interpoliert anerkannte l. 9 (D. 12, 1) gedeckt wird, das ist jedenfalls von vorneherein verdächtig“, S. 93: „Und wenn hundert Stellen wie die folgende (Afric. 50 pr. D. 23, 3) im Corpus iuris ständen, ich würde alle hundert für verdächtig erklären.“ — [2]) Auch Naber, Observatiunculae de iure romano befolgt vielfach eine solche Methode zur Feststellung von Interpolationen, z. B. Mnemosyne XX 102 fg. 106. 112. — [3]) Vgl. auch die durchaus zutreffenden Bemerkungen von H. Krüger, Z. d. S.St. XXI 423.

Methode ist die Gefahr solcher Fehler doch noch viel größer. Haben wir mit einer gewissen Sicherheit festgestellt, daß eine Auffassung der Ansicht der klassischen Juristen nicht entspricht, so dürfen wir mit einer Wahrscheinlichkeit annehmen, daß alle Aussprüche, welche der von uns festgestellten Ansicht der klassischen Juristen nicht entsprechen, gleichfalls interpoliert sind. Dies werden wir z. B. auf Grund des interpolierten fr. 9 D. 12, 1 von der conditio als allgemeinen Konkurrenzklage annehmen dürfen d. h. weil die Interpolierung der condictio als allgemeinen Konkurrenzklage in 9 D. 12, 1 heute allseitig oder wenigstens von der überwiegenden Mehrzahl der Autoren als erwiesen angenommen wird[1]), dürfen wir schließen, daß auch in den übrigen Fragmenten, in denen von der condictio als allgemeinen Konkurrenzklage die Rede ist, und deren gibt es immerhin eine Anzahl[2]), die ganze condictio interpoliert ist.[3]) Aber das ist etwas anderes, als das, was Pflüger in zahlreichen anderen Fällen zur Anwendung bringt. Denn in diesen zahlreichen anderen Fällen stützt sich zwar Pflüger auch auf eine Stelle, deren Interpolation von mehreren Autoren zugestanden wird; aber Pflüger legt dann dieser Stelle einen ganz bestimmten, lediglich von ihm angenommenen Sinn unter, und auf Grund einer so gewonnenen ‚Feststellung' erklärt er dann alle anderen Stellen für interpoliert, welche dem für eine Stelle lediglich von Pflüger angenommenen Sinne nicht entsprechen. Ein solches Verfahren ist aber unzulässig.

„Sachliche" Gründe für die Annahme einer Interpolation läßt mitunter auch Pernice[4]) entscheiden. Aber Pernice geht da doch ganz anders vor als Pflüger. Sofern einer Stelle mehrere anderen Stellen, welche nicht als interpoliert augenommen werden, ‚sachlich' widersprechen, so ist es schon begründet, eine Interpolation in jener einen Stelle zu vermuten, trotzdem man auch in diesem Falle

[1]) Vgl. oben S. 4 [1]. — [2]) Vgl. oben S. 4. 5. — [3]) Für Ulp. 9 D. 12, 1 und die darauf sich stützende Konkurrenzcondictio, welche noch in anderen Stellen vorkommt, kann daher das gelten, was Pflüger, Ciceros Rede pro Q. Roscio 17 (oben S. 137 [1]) sagt. — [4]) z. B. Labeo II [2], 1 S. 399 zu Proc. 67 D. 23, 3; Labeo II [2], 1 S. 278 [3. 4].

wird vorsichtig sein müssen. Die Methode Pflügers geht weit darüber hinaus. Bei ihm widersprechen nicht mehrere unverfälschte Stellen einer Stelle, sondern die mehreren Stellen stimmen mit der einen Stelle überein. Pflüger erklärt sie alle für interpoliert.[1]) Aber immerhin muß man zugestehn, daß die Interpolationsannahmen Pflügers vielfach recht geistreich sind. Man kann sich mitunter dem Gedanken nicht verschließen, daß die „Wahrheit“ gefunden ist, wenn auch nicht auf dem „methodischen“ Wege. Wenn hier der Beweis für die Wahrheit erbracht ist, so ist sie selbstverständlich zu akzeptieren. Diese Wahrheit würde uns dann nicht nur Aufschluß geben über die Kondiktionenlehre, sondern uns noch außerdem zeigen, daß unsere Methode der Feststellung von Interpolationen mangelhaft ist.[2]) Bei solcher Sachlage glauben wir, daß es nicht genüge, sich darauf zu berufen, daß die von Pflüger behaupteten Interpolationen nicht erwiesen sind: wir werden auch „sachlich“ seine Auffassung zu prüfen haben.[3]) Mit Recht bemerkt Bekker[4]), der den zweifellos interessanten und geistvollen Ausführungen Pflügers reiche Anerkennung zollt, zur sachlichen Beurteilung eines Resultates: „Am wenigsten Billigung müßte die Meinung finden, daß wer die meisten Interpolationen annehme, schon damit die größere Schärfe und Richtigkeit seines Urteils erwiesen habe.“ Und mit Recht schließt Bekker[5]) daran die Mahnung, daß wir über die Methode der Feststellung von Interpolationen ins reine kommen müssen, daß die Kritik an den mit Interpolationen gefüllten Texten unserer wichtigsten Quellen „als Forschungszweig für sich geübt und zu einem gewissen Abschluß gebracht werden muß, um ihr ein für allemal den dilettantischen

---

[1]) Ciceros Rede pro Q. Roscio 93: „Und wenn hundert Stellen wie die folgende (Afric. 50 pr. D. 23, 3) im Corpus iuris ständen, ich würde alle hundert für verdächtig erklären.“ — [2]) Vgl. auch die prinzipiellen Ausführungen von Bekker, Z. d. S. St. XXV 392/393. 395. — [3]) Damit wollen wir das berücksichtigen, was Pflüger, Ciceros Rede pro Q. Roscio 99. 100 zur Begründung seiner Methode der Feststellung von Interpolationen anführt. — [4]) a. a. O. 392 unten. — [5]) a. a. O. 393.

Anstrich zu rauben, den sie nur zu leicht da erhält, wo sie lediglich als Mittel zum Zweck, zum Beweise einer vorgefaßten Meinung betrieben wird".

Wir wollen daher in erster Reihe diejenigen Argumente vorführen, welche „sachlich" gegen die Auffassung Pflügers sprechen.

Pflüger[1]) operiert vielfach mit der von ihm so genannten „quasi condictio".[2]) Die quasi condictio habe die Aufgabe, die mittelbare Befriedigung des Klägers bezüglich dessen Bereicherungsanspruchs herbeizuführen. Die „quasi condictio" gehe nämlich auf Herausgabe der ganzen vom Kläger dem Beklagten gegebenen Sache (Pflüger erkennt nur die condictio in den Dationsfällen an).[3]) Die „quasi-condictio" greife gerade in den Fällen ein, wo der Kläger nicht einen Anspruch auf die ganze hingegebene Sache habe; für diese Fälle greife die schlichte condictio ein. Aber in den Fällen, wo der Kläger nicht die ganze hingegebene Sache zurückfordern dürfe, sondern nur „weniger", diene die „quasi condictio" dazu, dies „Weniger" festzustellen. Dies „Weniger" mache nämlich die „Bereicherung" aus, durch die „quasi-condictio" werde nun die „Bereicherung" in der Weise festgestellt, daß die condictio auf die ganze hingegebene Sache gerichtet wird. Die ganze Sache gelte als indebitum oder wenigstens als quasi indebitum. Gegenüber dieser condictio auf die ganze Sache mache der Beklagte sein Retentionsrecht mit der exceptio doli geltend. Und nun müsse der Beklagte dem Kläger „die Bereicherung" freiwillig herausgeben, wenn er nicht die Verurteilung auf die ganze Sache erfahren wolle. Hat also A dem B ein Haus verkauft unter Vorbehalt einer Servitut und nimmt er dann die Manzipation ohne jenen Vorbehalt vor, dann kann der Kläger A das ganze Haus von B kondizieren. B beruft sich gegen diesen Anspruch des A darauf, daß er das Haus gekauft und tradiert

[1]) a. a. O. Z. d. S.St. XVIII 78 fg. und Ciceros Rede pro Q. Roscio 35 fg. — [2]) Auf die in einer Anzahl von Stellen vorkommende Ausdrucksweise condictio quasi haben schon hingewiesen Erxleben, Condictiones II 93 [32] und eingehender Voigt, Condictiones 304 [245], 656 fg. — [3]) Vgl. oben S. 131 [2].

erhalten habe, und macht auf Grund davon sein „Retentionsrecht" mit der exceptio doli geltend. Auf Grund der exceptio doli absolviert der iudex den Beklagten erst dann, wenn dieser dem A die fragliche Servitut bestellt. Im Endeffekt erlange somit A auf Grund der condictio die Befriedigung seines „Bereicherungsanspruches", nämlich die Herausgabe des Zuvielgeleisteten: die Bestellung der Servitut (Marcian 35 D. 8, 2). Pflüger gibt der „quasi-condictio" mit Rücksicht auf diese Stelle den vollen Namen „condicto indebiti quasi plus debito soluti", für deren Erfinder er Julian hält.[1])

Wir glauben, daß hier eine gewaltige Verirrung vorliegt. Aber die Lösung, welche Pflüger bietet, ist auf den ersten Blick bestechend. Und nehmen wir hinzu, daß alles, was zur Lösung des Kondiktionenproblems erheblich beitragen muß, freudig begrüßt wird, so erklärt es sich, daß mitunter selbst Irrwegen nachgegangen wird.[2]) Zur vollständigen Aufdeckung der Irrwege, auf welche uns Pflüger mit „Sirenenstimme" führt, müssen wir eingehend die einzelnen Pflügerschen Gedanken analysieren.

Betrachten wir alle Fälle, in denen die sog. quasi-condictio eingreift, so können wir bemerken, daß es sich um eine Erweiterung der condictio indebiti, der condictio causa data causa non secuta etc. handelt.[3]) Man könnte nun meinen, daß diese Erweiterung in der von

---

[1]) a. a. O. Z. d. S.St. XVIII 79. 86 und Ciceros Rede 38. 39. 41 oben. Vgl. auch H. Krüger, Z. d. S.St. XXI 425/426. — [2]) Insbesondere v. Mayr, Condictio 186 fg. und Condictio incerti, Z. d. S. St. XXV 200 [7]. 201 [4]. 202 [1] hat sich der Auffassung Pflügers bezüglich der sog. quasi-condictio vollständig angeschlossen. Entschieden gegen Pflüger hat sich H. Krüger, Z. d. S. St. XXI 423 fg. ausgesprochen, im ganzen auch Stintzing, Beiträge z. röm. Rechtsgeschichte (1901) 22 fg. Vgl. Bekker, Z. d. S.St. XXV 390 fg., der aber zu dem Resultate Pflügers, daß die condictio immer auf die ganze hingegebene Sache gerichtet war, nicht ausdrücklich Stellung nimmt. Auf jeden Fall spricht sich Bekker, a. a. O. 391 unten, dagegen aus, als ob die condictio auf die Dationsfälle beschränkt sei. Lenel, Édit I 179 [3] nennt die Auffassung Pflügers eine „hypothèse beaucoup plus audacieuse". — [3]) Dies bemerkt zutreffend auch v. Mayr, a. a. O. Z. d. S. St. XXV 201 [1. 2].

Pflüger angegebenen Weise erfolgt sei, indem die condictio auf die ganze zugewendete Sache gerichtet werde, und der Kläger in der Pflügerschen Weise mittelbar die Bereicherung auf seiten des Beklagten zurückerlange.

Zunächst ist zu bemerken, daß der Name „quasi-condictio" in den Quellen nicht vorkommt. Wohl aber heißt es vielfach condictio quasi .... Die Ausdrucksweise condictio quasi kommt vor bei der condictio indebiti[1]), bei der condictio causa data causa non secuta[2]), bei der condictio sine causa.[3])

[1]) Mela bei Ulp. 19 § 6 D. 19, 2 ex conducto actione repetiturum non quasi indebitum condicturum. Cels. und Marcell. bei Ulp. 26 § 13 D. 12, 6 si — Stichum praestitisset, quinque eum posse condicere quasi indebita. Iul. 60 D. 30 si nulla retentione facta domum tradidisset, incerti condictio ei competet, quasi plus debito solverit. Iul. 34 pr. D. 46, 3 tibi partem hominis condicet, quasi indebitum tua voluntate Titio solveret. Iul. bei Afric. 30 pr. D. 19, 1 si omne peculium penes te sit, vel quasi plus debito solverim posse me condicere. Iul. bei Ulp. 11 § 7 D. 15, 1 potuit ex ratione peculii detrahere et nunc condicere quasi indebitum. Pomp. 19 § 3 D. 12, 6 Si — Pamphilum solvam, repetam quasi indebitum solutum; non enim pro eo quod debeo videor id solvisse, Scaev. bei Paul. 6 § 2 D. 42, 5 adversus creditorem dandam repetitionem quasi indebiti soluti. Paul. 50 D. 46, 3 nec repetam hoc quasi indebitum solutum, quod sciens feci. Ulp. 26 pr. D. 12, 6 sortem quasi indebitam repeti posse — usurae — quasi sors indebita repetuntur. Ulp. 30 D. 12, 6 non habet condictionem veluti indebiti soluti. Ulp. 8 § 8 D. 16, 1 potest ei condici, quasi non dedisset. Ulp. 10 § 1 D. 16, 2 Si — compensare potens solverit, condicere poterit quasi indebito soluto. Ulp. 3 § 10 D. 35, 3 condici — cautio — et hic ergo, quasi plus solutum videtur. Marcian 39 D. 12, 6 Si — non caverit, quasi indebitum plus debito eum solutum repetere posse divi Severus et Antoninus rescripserunt. Marcian 40 § 1 D. 12, 6 si sine deductione domum tradidisset, posse incerti condici, quasi plus debito dederit. — [2]) Cassiani bei Paul. 35 § 3 D. 39, 6 qui mortis causa donat — condictione repeti possit quasi re non secuta. Paul. 9 pr. D. 12, 4 dos — mihi redderetur, quasi ob rem datur et re non secuta ego a sponso condicam. Paul. 14 D. 12, 4 non enim quasi indebitum datum repetetur, sed quasi ob rem datum nec res secuta sit. Paul. 1 § 4 D. 19, 4 sed ut res contra nobis reddatur, condictioni locus est quasi re non secuta. Paul. 5 § 1 D. 19, 5 repetatur quod datum est, quasi ob rem datum re non secuta. Ulp. 6 D. 12, 4 quasi causa non secuta habere condictionem, qui ob matrimonium dedit. Ulp. 11 § 6 D. 19, 1 anulus — utrum condicatur,

Würde mit der Ausdrucksweise condictio quasi hervorgehoben sein, daß die condictio in diesem Falle auf die ganze hingegebene Sache gehe, wie Pflüger meint, um auf diese mittelbare Weise den Beklagten zur Herausgabe der Bereicherung zu veranlassen, so müßte das plus debito solutum bedeuten, daß die ganze Sache ein indebitum sei. Dies betont auch Pflüger, der deswegen seiner sog. „quasi-condictio" den vollen Namen condictio indebiti quasi plus debito soluti gibt.[1]) Die ganze hingegebene Sache sei indebitum plus debito solutum.[2]) Nun wird aber gerade das Gegenteil von dem, was Pflüger behauptet, in unseren Quellen gesagt. Es wird ausdrücklich hervorgehoben, daß nicht von einem indebitum des Ganzen die Rede sein könne, wo ein Mehr, als geschuldet ist, gezahlt wird.

Paul. 84 pr. D. 50, 17 Cum amplius solutum est quam debebatur, cuius pars non invenitur quae repeti possit, totum esse indebitum intellegitur manente pristina obligatione.

Paulus sagt ausdrücklich, daß, wenn das Zuviel bekannt sei, die repetitio auf dies Zuviel geht (pars — quae repeti possit). Nur wenn es unmöglich ist, das Zuviel festzustellen (z. B. wegen commixtio oder confusio), gilt das Ganze als indebitum. Diese Ausnahme, welche sich aus besonderen Gründen erklärt, bestätigt auf das deutlichste die Regel,

---

quasi ob causam datus sit et causa finita est. Hermog. 2 D. 12, 4 veluti causa non secuta decem repetentur. — [3]) Afric. 50 pr. D. 23, 3 fundus, quasi sine causa penes maritum esse coeperit, condicatur. Ulp. 2 D. 12, 7 nisi forte quasi sine causa datum sic putamus condici posse.

[1]) a. a. O. Z. d. S. St. XVIII 79. 85 und Cicero pro Q. Roscio 38. 39. 41 oben. — [2]) a. a. O. Z. d. S. St. XVIII 79 „Die Auszahlung des Legates könne daher nicht schlechthin als indebitum solutum, aber doch als plus debito solutum angesehn werden." Daher werde das ganze Legat zurückgefordert, trotzdem der Erbe das Legat schuldete, aber nur gegen Kautionsleistung. Wegen der unterlassenen Kautionsleistung habe der Erbe das Legat indebite gezahlt insofern, als er mehr gezahlt hat, denn er verpflichtet war. Das ganze Legat sei daher plus debito solutum.

daß bei Zuvielleistung keineswegs die ganze Leistung als indebitum gilt.

Daß bei der Zuvielleistung nicht die ganze Leistung als quasi indebitum gilt, wie Pflüger meint (condictio indebiti quasi plus debito soluti), ergibt sich auch daraus, daß bei der condictio von Geld ein quasi indebitum angenommen wird, trotzdem hier zweifellos die condictio nur auf den Überschuß gerichtet wird.

Ulp. 26 pr. D. 12, 6 usurae supra legitimum modum solutae quasi sors indebita repetuntur.[1])

Hiergegen wird Pflüger einwenden dürfen, daß er der sog. „quasi-condictio" die erwähnte Rolle nur bei der condictio von Sachen, nicht bei der condictio von Geld zuschreibe.[2]) Dagegen ist zu replizieren, daß mit der Pflügerschen Auffassung unvereinbar ist, daß auch bei der Geldkondiktion von condictio quasi die Rede ist. Würde aus der Bezeichnung mit quasi folgen, daß in diesen Fällen die condictio die ihr von Pflüger zugeschriebene Aufgabe hat, dann müßte dies doch für alle Fälle gelten, in denen das quasi steht. Das ist aber nicht der Fall. Die Folgerung daraus ist, daß das quasi dann wohl nicht den Zweck hat, welchen ihm Pflüger beimißt. Nach Pflüger müßte die Ausdrucksweise condictio quasi bei der Geldkondiktion überhaupt nicht vorkommen.

Ulp. 10 § 1 D. 16, 2 Si quis igitur compensare potens solverit, condicere poterit quasi indebito soluto.

Ist man von der Pflügerschen Theorie befangen, so könnte man auch hier annehmen, als ob die condictio auf die ganze gezahlte Schuld gehe. Die Ausdrucksweise würde sprachlich eine solche Interpretation zulassen: condicere poterit — ohne Angabe des Gegenstandes der condictio — quasi indebito soluto — könnte sich auf die ganze Summe beziehn. Und doch soll zweifellos, was ja auch Pflüger nicht bestreitet, mit dem quasi indebito soluto

---

[1]) Vgl. zu dieser Stelle Diocletian. et Maxim. 18 C 4, 32, sowie Voigt, Condictiones 649 und Pernice, Ulpian als Schriftsteller 16 [1] (Sitzungsberichte der Preuß. Ak. d. Wiss. 1885 S. 458 [1]). — [2]) oben S. 135 [2. 3].

gesagt werden, daß das Zuviel, welches hätte kompensiert werden können, mit der condictio zurückgefordert werden kann. Dieses Zuviel ist nicht indebite gezahlt, denn die ganze Schuld bestand und ist als debitum gezahlt worden. Aber der Schuldner brauchte nicht die ganze Schuld zu zahlen, sondern konnte kompensieren. Insofern hat der Schuldner den Überschuß gleichsam wie etwas, was er nicht schuldig war, gezahlt (quasi indebitum).[1]) Daß die römischen Juristen keineswegs geneigt waren, das was als Schuld gezahlt war, nachträglich als indebitum anzuerkennen, zeigt sich gerade aus ihrer Stellung zur condictio bei unterlassener Kompensation. Wird eine Schuld gezahlt, welche durch Kompensation hätte getilgt werden können, so nehmen die Juristen nicht an, daß die Zahlung indebite erfolgt sei, vielmehr lassen sie dem Kläger nur die ursprüngliche Kontraktsklage.[2])

Es wird ferner ausdrücklich hervorgehoben, daß die Ausdrucksweise plus debito solutum gebraucht wird, um zu kennzeichnen, daß die condictio nicht auf die ganze Sache geht, sondern nur auf den Überschuß, auf das plus debito solutum. Diese Ausdrucksweise plus debito solutum wurde gerade deswegen gebraucht, um eine Auffassung zu vermeiden, wie sie Pflüger vertritt. Denn an sich könnte man von dem Überschuß schlechtweg sagen, daß er ein indebitum solutum ist. Aber dies indebitum solutum könnte man auf die ganze Sache beziehn, welche ja gezahlt (solutum) ist. So erklärt es sich, warum in den Fällen der Zuvielleistung die Ausdrucksweise plus debito solutum gebraucht wird.

Iav. 45 D. 12, 6 Si is, qui hereditatem vendidit et emptori tradidit, id, quod sibi mortuus debuerat,

[1]) Im übrigen vgl. zu der Stelle oben Bd. I 105. — [2]) Ulp. 30 D. 12, 6 und 7 § 1 D. 16, 2. Vgl. oben Bd. I 105, auch Naber, Observat. de iure romano, Mnemosyne XXI (1893) 48. 49, der mit Recht hierauf hinweist zum Beweise dafür, daß bei Zuvielleistung die condictio nicht auf die ganze Leistung, sondern nur auf den Überschuß geht (S. 49 „quod non eo pertinet, ut heres repetat ipsum fideicommissum, sed quae necessario impenderit — vel stipulationem omissam ut condicat").

non retinuit, repetere poterit, quia plus debito solutum per condictionem recte recipietur.

Der Verkäufer einer Erbschaft hat dem Käufer die Erbschaft tradiert, ohne das abzuziehn, was der Erblasser ihm schuldete. Javolen entscheidet, daß der Verkäufer von dem Käufer das, was er vom Erblasser zu fordern hatte, kondizieren könne, da er dem Käufer ein plus gezahlt hat. Es ist die Forderung des Erben gegen den Erblasser durch den Erbschaftserwerb infolge Konfusion untergegangen.[1]) Aber dies ist nur dann der Fall, wenn der Verkäufer die Erbschaft schon erworben hat. Fassen wir diese Eventualität ins Auge, dann entstehen freilich Schwierigkeiten, wie Pernice[1]) mit Recht bemerkt. Wir glauben aber, daß es sich um den Verkauf einer Erbschaft nach Delation, aber vor Erwerb handelt. Javolen läßt solchen Verkauf durchaus zu.[2]) In solchem Falle ist die Forderung des Verkäufers gegen den Erblasser natürlich durch Konfusion nicht untergegangen.[3]) Und da kann es sich fragen, ob die Forderung des Verkäufers mit verkauft ist. Javolen verneint die Frage ohne alle Bedenken. Dies Fehlen aller Bedenken spricht dafür, daß wir so, wie angegeben, den Tatbestand zu fassen haben. In diesem Falle kann man auch sagen, daß der Verkäufer dem Käufer zuviel gezahlt hat; denn der Verkäufer duldet, daß der Käufer die ganze Erbschaft erwerbe, und ohne daß der Verkäufer seine Forderung gegen den Erben geltend macht. Es liegt ein plus debito solutum vor, und die condictio geht nur auf das plus. Wollte man aber sich gegen unsere Auffassung auf das tradidit berufen und daraus entnehmen, daß die Erbschaft nach Erwerb verkauft sei, so dürfen wir darauf erwidern, daß die Stelle bei Javolen sehr wohl von der in iure cessio hereditatis[4]) handeln konnte, und daß erst die Kompilatoren, denen die in iure cessio nicht mehr bekannt war, statt in iure cessit ihr tradidit geschrieben haben. Wir gehn weiter auf das Fragment nicht ein, weil Pflüger[5])

[1]) So Pernice, Labeo III 251 [2]. — [2]) 8. 10 D. 18, 4 aus demselben Werke und Buche (2 ex Plautio) wie unser obiges Fragment. — [3]) 6 pr. C. 6, 50 a. 223. — [4]) Ulp. XIX §§ 12. 13. — [5]) a. a. O. Z. d. S. St. XVIII 88 [4].

mit ihm sich nur kurz beschäftigt. Pflüger meint, daß man dies Fragment von keiner Seite auf die condictio incerti bezogen habe. Da das incerti durchweg interpoliert ist[1]), so kommt dies nicht sehr in Betracht. v. Mayr[2]) bemerkt daher vom Pflügerschen Standpunkt besser, daß es sich in unserem Falle um die condictio von certa pecunia handelt. Bei dieser läßt aber Pflüger[3]) nicht seine Theorie von der Kondiktion der ganzen zugewendeten Sache gelten. Danach würde unser Fragment für die Beurteilung der Pflügerschen Theorie ausscheiden. Aber eines kann man dennoch aus unserem Fragment gegen Pflüger entnehmen: nämlich, daß sprachlich das plus debito solutum lediglich den Überschuß, das plus, und nicht die ganze Sache bedeutet.

Daß das plus debito solutum sprachlich den Überschuß bedeutet, ist uns auch sonst in unzweideutiger Weise bezeugt.

> Paul. 9 § 5 D. 22, 6 Si quis ius ignorans lege Falcidia usus non sit, nocere ei dicit epistula divi Pii. sed et imperatores Severus et Antoninus in haec verba rescripserunt: 'Quod ex causa fideicommissi indebitum datum est, si non per errorem solutum est, repeti non potest. quamobrem Gargiliani heredes, qui, cum ex testamento eius pecuniam — solverint, non solum cautiones non exegerunt — ut quod amplius cepissent municipes quam per legem Falcidiam licuisset redderent — frustra postulant reddi sibi — quasi plus debito dederint rel.

Es muß zugegeben werden, daß hier eine condictio certae pecuniae vorliegt, und nicht ein Fall der sog. condictio incerti.[4]) Wenigstens ist von der condictio cautionis nicht die Rede. Aber so viel folgt sicher aus der Stelle, daß das plus debito dederint den Überschuß bedeutet, und daß die condictio, welche sich auf das plus debito datum stützt, nur auf den Überschuß gerichtet ist. Von dem quasi dederint wird gesprochen, weil die

---

[1]) oben S. 45 [3–6]. — [2]) Condictio 234 [2]. — [3]) Ciceros Rede pro Q. Roscio 32. Vgl. oben S. 135 [2, 3]. — [4]) Trampedach a. a. O. Z. d. S.St. XVII 123, v. Mayr, Condictio 233. 234.

Erben den Überschuß nicht besonders gezahlt haben, sondern nur insgesamt die Erbschaft ohne Abzug herausgegeben haben. Daraus folgt um so mehr, daß nur der Überschuß als möglicher Gegenstand der condictio betrachtet wird. Dann kann aber dem plus debito solutum keine andere Bedeutung beiwohnen bei

Marcian 39 D. 12, 6 Si quis, cum a fideicomissario sibi cavere poterat, non caverit, quasi indebitum plus debito eum solutum repetere posse divi Severus et Antoninus rescripserunt.

Es handelt sich hier offenbar um dasselbe Reskript der Kaiser Severus und Caracalla, welches bei Paul. 9 § 5 D. 22, 6 erwähnt ist, nur daß hier der Erbe nicht absichtlich die Kautionsforderung unterlassen hat; daher steht ihm die condictio auf Zahlung des Zuvielgeleisteten zu.[1] Daß hier die condictio nicht auf die cautio geht, sondern auf certa pecunia[2]), mag zugestanden werden. Aber sprachlich spricht diese Entscheidung Marcians doch ganz und gar gegen Pflüger. Es ist von dem quasi indebitum die Rede, weiter von dem plus debito solutum. Kurz, es liegt scheinbar die condictio indebiti quasi plus debito soluti ganz im Pflügerschen Sinne vor uns. Und doch wird darunter sprachlich nur die condictio auf den Überschuß verstanden. Dies sprachliche Moment darf aber nicht außer acht gelassen werden, um so mehr, als Pflüger seine entgegengesetzte sachliche Auffassung nur mit Hilfe gewaltsamer Annahme von Interpolationen zu stützen vermag.[3])

Daß das plus debito solutum sprachlich lediglich den Überschuß bezeichnet und nicht etwa die ganze hingegebene Sache als ein indebitum hinstellen soll, beweist ein so unverfälschter Ausspruch, wie der bei

---

[1]) Vgl. 9 C. 6, 50 a. 238 Error facti quartae ex causa fideicommissi non retentae repetitionem non impedit. — [2]) Trampedach a. a. O. Z. d. S.St. XVII 123, Pflüger a. a. O. Z. d. S.St. XVIII 88[3], v. Mayr, Condictio 233, jedoch scheint v. Mayr a. a. O., Z. d. S.St. XXV 200[11]. 202[3] die Entscheidung auf die condictio cautionis, also einen Fall der sog. condictio incerti, beziehn zu wollen. Vgl. auch Pernice, Labeo III 250[4]. — [3]) Vgl. auch unten Nr. III a. E.

G. II 283 Item ⟨quod⟩ quisque ex fideicommisso plus debito per errorem solverit, repetere potest; at id quod ex falsa causa per damnationem legati plus debito solutum sit, repeti non potest. idem scilicet iuris est de eo [legato] quod non debitum vel ex hac vel ex illa causa per errorem solutum fuerit.

Da es uns hier lediglich auf die sprachliche Bedeutung des plus debito solutum ankommt, so ist es ohne Bedeutung, daß hier eine condictio certae pecuniae vorliegt, wo Pflüger seine sog. condictio indebiti quasi plus debito soluti nicht eingreifen läßt.[1]) Berücksichtigen wir selbst, daß die eingeklammerten Worte ⟨quod⟩ und [legato] handschriftlich nicht sicher sind, so ergibt sich doch, daß Gaius in den ersten beiden Sätzen von der Zuvielleistung spricht, in dem letzten Satze dagegen von dem indebitum der ganzen Leistung. Nun geht aber für den Fall der Zuvielleistung die condictio nur auf den Überschuß, wie sich aus dem zweiten, handschriftlich sicheren, Satze ergibt. Daß das quod plus debito solutum sit sich nicht auf das ganze Legat beziehn kann, sondern nur auf den Überschuß, ergibt die verschiedene Ausdrucksweise im letzten Satze, wo von dem ganzen Legat nicht gesagt ist plus debito solutum, sondern non debitum solutum. Gaius hatte auch einen besonderen Grund, in unserem zweiten Satze von der Zuvielleistung zu reden. Das Damnationslegat mußte immer als ein certum hinterlassen werden.[2]) Leugnete der Erbe das Damnationslegat ab, dann trat Litiskreszenz in duplum ein. In den Litiskreszenzfällen war aber nach einer alten Rechtsregel die condictio des indebite Gezahlten ausgeschlossen.[3]) So erklärt sich wohl bei G. II 283 die Hervorhebung der Zuvielleistung. Für das materielle Verständnis des Ausschlusses der condictio ist aber wohl auf das ex falsa causa Nachdruck zu legen.[4]) Jedoch kümmert uns

[1]) Vgl. oben S. 135 [2. 3]. — [2]) G. IV 9 Rem vero et poenam persequimur velut ex his causis, ex quibus adversus infitiantem in duplum agimus; quod accidit — legatorum nomine quae per damnationem certa relicta sunt. — [3]) 4 C. 4, 5 a. 293, § 7 J 3, 27. Vgl. oben Bd. I 81 [2], auch Brinz, Pandekten II [2] § 304 [27] S. 546, Dernburg-Biermann, Pandekten II [7] § 141 [22. 23]. — [4]) Vgl. unten § 22.

hier die materielle Seite der Frage nicht. Uns kam es darauf an, daß wir sprachlich unter dem plus debito solutum nur den Überschuß, und nicht die ganze hingegebene Summe zu verstehn haben.

v. Mayr[1]), welcher die sog. „quasi-condictio" Pflügers akzeptiert, fügt den Ausführungen Pflügers hinzu, daß die sog. „quasi-condictio" die Aufgabe gehabt habe, ein „certum" für den Kläger zu gewinnen, auf welches die condictio gerichtet werden konnte. Dies „certum" sei nämlich die ganze hingegebene Sache. Dadurch sei der Schwierigkeit der Bestimmung des Gegenstandes der condictio abgeholfen. Der Kläger kann nicht immer von vorneherein angeben, wieviel er „zuviel" gezahlt habe. Daher richte er die condictio auf die ganze Sache, und nun sei es Pflicht des iudex, im iudicium auf Grund der exceptio doli festzustellen, wieviel der Beklagte zu Recht erhalten habe, und wieviel er als plus dem Kläger herauszugeben habe. Mit dieser Auffassung stimme überein, „daß die condictio quasi plus debito soluti mit einer Ausnahme (Iul. 60 D. 30, Marcian 40 § 1 D. 12, 6) niemals als condictio incerti bezeichnet wird".[2]) Uns scheint hierin ein richtiger Gedanke zu liegen. Für richtig halten wir, daß sowohl bei der condictio impensarum (von der v. Mayr a. a. O. spricht) wie überall die condictio nur auf ein certum gerichtet werden kann.[3]) Aber dies certum wird nicht mittelbar in der Weise gewonnen, daß eine sog. „quasi-condictio" auf die ganze Sache gerichtet wird, und nun das Zuviel im iudicium erst festgestellt wird. Mit der sog. „quasi-condictio" hat das certum der condictio nichts zu tun. Aber auch wir nehmen an, daß bei der condictio impensarum wie überall die condictio auf ein certum gerichtet werden mußte. Daraus ziehn wir aber den Schluß oder sehn wenigstens eine Bestätigung unserer Ansicht, daß die Feststellung des Gegenstandes der condictio in einem arbitrium liti aestimandae in iure erfolgte. Denn

---

[1]) a. a. O. Z. d. S.St. XXV 201: „Die Anlehnung mit Hilfe des 'quasi' hat mit anderen Worten vermutlich den Zweck, den dadurch gedeckten Tatbestand für das dare oportere der condictio certi zu retten." — [2]) a. a. O. Z. d. S.St. XXV 201[4]. — [3]) Vgl. oben S. 51fg.

wenn der Kläger das Zuviel in iure angeben mußte, wenn wir andererseits die Selbstschätzung des Klägers verwerfen[1]), wenn weiter es vielfach für den Kläger unmöglich ist, das Zuviel ohne weiteres als certum anzugeben, so bleibt nichts anderes übrig, als die Bestimmung des Gegenstandes der condictio durch ein arbitrium in iure anzunehmen. Denn daß bei der condictio einer Zuvielleistung die condictio auf ein dare oportere des plus gerichtet war, ist uns ausdrücklich bezeugt:

> Ulp. 32 D. 19, 1 (lib. 11 ad ed.) Si quis a me oleum quod emisset adhibitis iniquis ponderibus accepisset, ut in modo me falleret, vel emptor circumscriptus sit a venditore ponderibus minoribus, Pomponius ait posse dici[2]) venditorem sibi dare oportere quod plus est petere: quod habet rationem: ergo et emptor ex empto habebit actionem, qua contentus esse possit.

Der Käufer von Öl hat falsche Gewichte zur Wage gebracht, um den Verkäufer zu betrügen, und hat mehr Öl erhalten, als ihm zukommt. Pomponius gibt dem Verkäufer die condictio auf Rückforderung des Zuvielgeleisteten. Es heißt ausdrücklich, daß die condictio nur auf das plus und nicht auf das ganze tradierte Öl gerichtet ist. Außerdem bemerkt Pomponius, daß die condictio auf dare oportere gerichtet war. Dies bezieht sich offenbar auf die Formel.[3]) War aber in unserem Falle die Formel der condictio auf dare oportere gerichtet, so mußte das Zuviel schon in iure im Augenblick der Litiskontestation angegeben sein; denn andernfalls konnte der Kläger nicht verlangen, daß das plus ihm zu Eigentum vom Beklagten übertragen wäre. Denn dare oportere heißt zu Eigentum machen.[4]) Daß die Klage in unserem Falle die condictio ist, beweist wiederum das dare oportere. Von der Kaufklage könnte dies nicht gesagt werden: mit der actio venditi stände dem Verkäufer nur der Anspruch auf

---

[1]) Vgl. oben S. 30 [7] fg. und unten § 17, I. — [2]) Das sinnstörende dici beseitigt Mommsen. — [3]) Vgl. G. IV 33, Pomp. 15 D. 12, 4 ages cum Attio dare eum tibi oportere, sowie oben S. 47 und unten § 18. — [4]) G. IV 4. Vgl. unten § 21.

das Interesse zu; davon könnte man aber nicht sagen dare oportere. Auch der Schlußsatz, in welchem Ulpian dem Käufer, welcher durch zu kleine Gewichte des Verkäufers betrogen worden ist, die actio ex empto gibt, erinnert recht an diejenigen Entscheidungen, in denen die condictio der actio ex empto oder einer anderen Kontraktsklage gegenüber gestellt wird.[1]) Zudem ist uns die condictio für denselben Fall anderwärts bezeugt:

> Trebat. bei Paul. 18 § 3 D. 4, 3 De eo qui sciens commodasset pondera[2]), ut venditor emptori merces adpenderet, Trebatius de dolo dabat actionem. atquin si maiora pondera commodavit, id quod amplius mercis datum est repeti condictione potest, si minora, ut reliqua merx detur ex empto agi potest rel.[3])

Die condictio geht ausdrücklich nur auf das Zuviel (id quod amplius mercis datum est). Es folgt daraus, daß das plus schon in iure festgestellt sein mußte. Andernfalls hätte daran nicht die Kondiktion vorgenommen werden können. Denn es muß doch in der Formel angegeben sein, was kondiziert wird.[4]) Eine Interpolation in unserem Fragment anzunehmen, liegt kein Anhalt vor. Die actio doli der ersten Hälfte entspricht den auch anderwärts bestätigten Grundsätzen.[5]) Seine Kenntnisse über Trebatius schöpfte aber Paulus höchstwahrscheinlich aus den Schriften Labeos[6]): dem letzteren ist aber zuzutrauen, daß er seinen Lehrer Trebatius genau wiedergebe. Die Entscheidung über die condictio rührt von Paulus selbst her und bietet weder sprachlich noch sachlich einen Anhalt zur Annahme einer Interpolation.

---

[1]) Vgl. oben S. 6 [3], auch Pernice, Labeo III 217 [1–3]. 231 [2. 3]. — [2]) Mommsen setzt wohl mit Recht hinzu: iniqua. — [3]) Vgl. die weitere analoge Entscheidung von Pomp. bei Ulp. 3 § 2 D. 11, 6 und Marcell. bei Ulp. 26 § 5 D. 12, 6 (unten S. 153). — [4]) G. IV 33 sive enim pecuniam sive rem aliquam certam debitam nobis petamus, eam ipsam dari nobis oportere intendimus; rel. — [5]) Vgl. Pernice, Labeo II [2], 1 S. 209 [1]. 211. Labeo ging natürlich über seinen Lehrer Trebatius hinaus. — [6]) P. Krüger, Geschichte d. Quellen des röm. Rechtes 68 [30].

Es wird uns aber noch ausdrücklich bezeugt, daß die Pflügersche Ansicht nicht der Auffassung der römischen Juristen entsprach. Auf das unzweideutigste wird gesagt, daß bei Zuvielleistung keineswegs die ganze Leistung als indebitum gelten könne.

Pap. 7 § 4 D. 33, 4 Si forte per errorem cautio defensionis omissa sit et ex causa fideicommissi filius dotem acceperit, ut indebitum fideicommissum non repeteretur: cautionis enim praestandae necessitas solutionem moratur, non indebitum facit quod fuit debitum: sed non erit iniquum heredi subveniri.

Papinian sagt hier ausdrücklich, daß wegen der unterlassenen Kautionsleistung keineswegs das ganze Fideikommiß als indebitum gelten könne.[1]) Pflüger[2]) will dieser Entscheidung dadurch entgehn, daß er annimmt, Papinian habe eine Sonderauffassung vertreten. Gerade die Opposition Papinians beweise, daß eine Auffassung vertreten gewesen sei, wonach bei Zuvielleistung die ganze hingegebene Sache als indebitum gegolten habe. Mit Recht hat sich H. Krüger[3]) gegen eine solche Interpretation unseres Fragmentes ausgesprochen. Wir haben absolut keinen Anhalt für eine Sonderauffassung Papinians. Im Gegenteil haben wir gesehn, daß Paulus 84 pr. D. 50, 17[4]) die condictio der ganzen hingegebenen Sache nur zuläßt, wenn die Feststellung des plus aus physischen Gründen unmöglich ist. Daraus folgt, daß Paulus durchaus derselben Ansicht wie Papinian ist, daß bei Zuvielleistung keineswegs die ganze Leistung als indebitum gelten könne.[5])

Außer Papinian und Paulus vertritt dieselbe Ansicht, daß bei Zuvielleistung keineswegs die ganze Leistung zurückgefordert werden könne, auch

Marcell. bei Ulp. 26 § 5 D. 12, 6 Idem Marcellus ait, si pecuniam debens oleum dederit pluris pretii quasi plus debens, vel cum oleum deberet, oleum dederit quasi maiorem modum debens, superfluum olei esse repe-

---

[1]) Vgl. oben Bd. I 114. 115. — [2]) a. a. O. Z. d. S.St. XVIII 81 fg. und Ciceros Rede pro Q. Roscio 35 fg. — [3]) Z. d. S. St. XXI 426. — [4]) oben S. 143. — [5]) Vgl. im übrigen zu der Stelle unten S. 174 fg.

tendum, non totum et ob hoc peremptam esse obligationem.[1])

Pflüger wird gegen diese Stelle einwenden, daß es sich nicht um einen Fall der sog. condictio incerti handele. Wir können davon absehn. Es ergibt sich doch so viel aus unserer Entscheidung mit Unzweideutigkeit, daß bei Zuvielleistung nur das plus zurückgefordert werden kann, und nicht die ganze Leistung. Ebenso wie Papinian 7 § 4 D. 33, 4 gegen die Auffassung protestiert, als ob bei Zuvielleistung die ganze Leistung als indebitum gelten könne, ebenso tut dasselbe in unserer Entscheidung Marcellus. Daß das plus bei Papinian ein facere (die Kautionsleistung) ist, dagegen bei Marcellus eine certa res, hat für die Auffassung der Zuvielleistung dahin, daß nur der Überschuß als indebitum gilt, keine Bedeutung.

Wir haben bis jetzt festgestellt, daß sprachlich die Auffassung Pflügers keine Stütze in den Quellen findet. Im Gegenteil wird ausdrücklich hervorgehoben, daß bei plus solutum keineswegs die ganze hingegebene Sache als indebitum gelten kann, und daß weiter das plus debito solutum lediglich den Überschuß, und nicht die ganze hingegebene Sache bezeichnet.

Es ist nunmehr zu untersuchen, ob sachlich die Auffassung Pflügers überhaupt möglich ist. Kann der Kläger, welcher es z. B. unterlassen hat, bei Übergabe der Sache die deductio servitutis vorzunehmen, nunmehr das ganze Haus kondizieren, damit der Beklagte mittelbar gezwungen werde, die „Bereicherung" herauszugeben, d. h. nachträglich die Servitut zu bestellen?[2])

Da ist zunächst darauf hinzuweisen, daß allerdings in unseren Quellen Entscheidungen erwähnt werden, in denen die condictio auf die ganze hingegebene Sache gerichtet wird. Wir haben in dem ersten Bande unserer Untersuchungen[3]) uns gleichfalls durch Pflüger, wenigstens teilweise, irreführen lassen und angenommen, daß wenigstens

[1]) Vgl. auch Ulp. 32 D. 19, 1 und Trebatius bei Ulp. 18 § 3 D. 4, 3 oben S. 152. — [2]) Dies Beispiel gehört zu den von Pflüger bearbeiteten Fällen. Vgl. oben S. 140. — [3]) Bd. I 90 fg.

für einen Teil der Fälle die Pflügersche Theorie gelte. Da wir an jener Stelle uns noch nicht ex officio mit dem Gegenstande der condictio beschäftigten, sondern unsere ganze Aufmerksamkeit auf den Rechtsgrund der condictio richteten, so bemerkten wir nicht, daß für die Pflügersche Theorie doch nur ein falscher Schein spricht. Zunächst ist gegen Pflüger allgemein zu bemerken, daß in den Fällen, in denen die condictio auf die ganze hingegebene Sache gerichtet wird, dies nicht etwa den Zweck hat, lediglich die Feststellung der „Bereicherung" zu vermitteln. Vielmehr wird in diesen Fällen die condictio nicht bloß prozessualisch auf die ganze Sache gerichtet, sondern der Beklagte ist sogar effektiv verpflichtet, die ganze Sache herauszugeben. Es handelt sich also nicht bloß um eine Manövrierung mit der Richtung der condictio auf die ganze Sache, sondern es handelt sich um die wirkliche materielle Zurückforderung der ganzen Sache. Wir wollen die einschlagenden Fälle einer Erörterung unterziehn.

Zunächst ist hinzuweisen auf die schon erwähnte Entscheidung von

> Paul. 84 pr. D. 50, 17 Cum amplius solutum est quam debebatur, cuius pars non invenitur quae repeti possit, totum esse indebitum intellegitur manente pristina obligatione.

Paulus behandelt in dem dritten Buche seiner Quästionen, dem die obige Stelle entnommen ist, insbesondere auch Kondiktionsfälle.[1]) Paulus hebt aber in der obigen Entscheidung ausdrücklich hervor, daß bei Zuvielleistung nur dann die ganze Leistung als indebitum gelten könne, wenn sich der Teil der Leistung nicht feststellen lasse, welcher zuviel gezahlt ist. Soweit der Beklagte etwas zu fordern hatte, bleibe dessen Forderung bestehn. Aus der Entscheidung ergibt sich ohne jeden Zweifel, daß bei Zuvielleistung die condictio des Ganzen nicht die Regel ist, wie Pflüger annimmt, sondern die Ausnahme. Paulus gibt auch den Grund an, warum die condictio in dem erwähnten Falle auf

---

[1]) Vgl. Lenel, Paling. Paulus 1295 fg.

das Ganze geht: nämlich, weil das Zuviel sich nicht feststellen lasse. Die condictio wird aber nicht bloß auf die ganze Sache gerichtet, um den Beklagten zur Herausgabe der Bereicherung zu veranlassen, sondern der Beklagte hat tatsächlich die ganze Sache zurückzugeben. Der Beklagte behält dagegen seine ursprüngliche Forderung.

Andere Fälle, in denen ausnahmsweise die condictio auf die ganze hingegebene Sache gerichtet wird, haben wir bereits oben[1]) kennen gelernt. Wir wollen hier nur das hervorheben, was mit Rücksicht auf die Theorie Pflügers zu bemerken ist, woraus sich ergeben wird, daß die Pflügersche Theorie nicht einmal für diese Ausnahmefälle anwendbar ist.

Marcell. bei Ulp. 26 § 4 D. 12, 6.[2])

Auch hier liegen besondere Umstände vor, welche ausnahmsweise die Zurückforderung der ganzen hingegebenen Sache rechtfertigen. Es ist ein Grundstück für eine Schuld von 200 an Zahlungsstatt hingegeben worden, während nur eine Schuld von 100 besteht. Der Kläger hat hier nicht die Hälfte des Grundstücks zurückzufordern, sondern kann das ganze Grundstück kondizieren. Paulus gibt auch den Grund für diese ausnahmsweise eingreifende Kondizierung des ganzen Grundstückes an. Es soll nicht die eine Hälfte des Grundstücks als giltige Zahlung gelten und dem Gläubiger verbleiben, während die andere Hälfte zu dem Schuldner auf Grund der condictio zurückkehren würde: dadurch würden beide Parteien Miteigentümer des fundus werden, wozu sie aber nicht gezwungen werden können (nemo enim invitus compellitur ad communionem). Im übrigen zeigt die Ent-

---

[1]) Bd. I 90 fg. Vgl. insbesondere Iul. 32 § 3 D. 12, 6 (oben Bd. I 110), Pap. 7 D. 35, 2 (unten S. 168), Ulp. 26 §§ 13. 14 D. 12, 6 (oben Bd. I 111). Hierher gehört wohl auch Scaev. 26 D. 35, 2, wo der Gegensatz zwischen der ganzen Perlenkette und dem ex lege Falcidia zuviel gezahlten Teil derselben deutlich hervorgehoben wird. Zum Vergleich darf man Scaev. 23 D. 35, 2 heranziehn. Die von Pflüger a. a. O. Z. d. S.St. XVII 84[2] angenommene Interpolation ist durch nichts begründet. Über die in 26 D. 35, 2 erwähnte „vindicatio" vgl. Pernice, Labeo III 250[1]. — [2]) oben Bd. I 108. Vgl. auch Pernice, Labeo III 249[3] und Labeo II[2], 1 S. 296, 3.

scheidung, daß prozessualisch der Fall ganz anders steht, als Pflüger meint. Der Kläger kondiziert das ganze Grundstück, der Beklagte macht seine Forderung auf die 100 retentionsweise mittelst der exceptio doli geltend, der Kläger erhält das ganze Grundstück zurück, aber erst nachdem er dem Beklagten die 100 gezahlt hat. Die condictio des Ganzen soll hier also keineswegs die Herausgabe der „Bereicherung“ vermitteln, sondern der Kläger verlangt und erhält die ganze hingegebene Leistung zurück, aber erst nachdem er seinerseits geleistet hat. Das ist doch etwas anderes, als Pflüger meint. Bei Pflüger ist die Kondizierung des Ganzen lediglich ein Manöver, um den Beklagten zur Herausgabe der Bereicherung zu veranlassen. In unserem Falle hat der Beklagte nicht bloß die Bereicherung, sondern die ganze empfangene Leistung zurückzugeben. Die ursprüngliche Forderung des Beklagten wird nicht als getilgt angesehn mit Rücksicht auf die besonderen vorliegenden Umstände (nemo invitus compellitur ad communionem). Das Retentionsrecht veranlaßt also nicht den Beklagten zur Herausgabe der Bereicherung — dies nimmt Pflüger an — sondern veranlaßt den Kläger zur Zahlung der ursprünglichen Forderung des Beklagten. Wie soll auch das Retentionsrecht des Beklagten den Beklagten zur Leistung anhalten können? Wir glauben, daß hier der grundsätzliche Fehler in der Pflügerschen Theorie liegt. Das Retentionsrecht wird mit der exceptio doli geltend gemacht. Die exceptio ist aber gegen den Kläger, nicht gegen den Beklagten gerichtet. Mit der exceptio kann nur eine Leistung des Klägers[1]), nicht aber eine Leistung des Beklagten mittelbar erzwungen werden. Mit Recht bemerkt H. Krüger[2]),

---

[1]) Vgl. z. B. Paul. 50 D. 46, 3. Si, cum aurum tibi promisissem, ignoranti quasi aurum aes solverim, non liberabor: sed nec repetam hoc quasi indebitum solutum, quod sciens feci. petentem tamen te aurum exceptione summovebo, si non reddas aes quod accepisti. Der Empfänger des Erzes muß das Erz herausgeben, aber nicht auf Grund der exceptio gegen die condictio (denn diese greift nicht ein), sondern auf Grund der exceptio gegen die Klage auf Zahlung des Goldes. — [2]) a. a. O. Z. d. S.St. XXI 427 zu Proculus bei Ulp. 7 pr. D. 7, 9.

daß höchstens mit einer replicatio das Pflügersche Verfahren realisiert werden konnte. Pflüger nimmt aber gerade an, daß durch die condictio des Ganzen und mit Hilfe der exceptio doli der Beklagte angehalten werden solle, freiwillig die Bereicherung herauszugeben.[1]) So hat die Pflügersche Theorie nur einen falschen Schein der Unterstützung in unseren Quellen. Wir sehn, daß in den Fällen, wo ausnahmsweise mit der condictio bei Zuvielleistung die ganze Leistung zurückgefordert werden kann, es sich um tatsächliche Rückgabe der ganzen Leistung handelt und nicht um mittelbare Erzwingung zur Herausgabe der Bereicherung. Vielleicht hat Pflüger selbst sich durch eine Erwägung von Naber[2]) irreführen lassen. Naber weist darauf hin, daß das Kompensationsrecht sich von dem Retentionsrechte unterscheide: der Endeffekt der Kompensation bestehe darin, daß der Beklagte auf den Überrest verurteilt werde; der Endeffekt der Retention bestehe aber darin, daß der Beklagte gänzlich absolviert werde. Bei der Kompensation hat also der Beklagte lediglich den Überschuß herauszugeben. Aber von einer Kompensation wird man nicht in den Fällen sprechen dürfen, wo bei Zuvielleistung mit Rücksicht auf besondere Umstände der Beklagte verpflichtet ist, die ganze empfangene Sache zurückzugeben. Denn hier darf ja der Beklagte nicht „kompensieren", sondern hat die ganze empfangene Sache als indebitum zurückzugeben. Man könnte nun meinen, daß zwar in diesen Ausnahmefällen die Pflügersche Theorie nicht anwendbar sei, da der Kläger tatsächlich die ganze Sache und nicht bloß den Überschuß erhalte. Dagegen in den anderen von Pflüger angegebenen Fällen, in denen der Kläger nach Pflüger nur den Überschuß durch Vermittlung der Kondizierung der ganzen Sache erhalte, sei die Pflügersche Theorie an sich rechtlich möglich. Der Kläger kondiziere z. B. das ganze ohne deductio servitutis übereignete Haus, der Beklagte „kompensiere" seine Forderung auf das Haus, und nun werde der Beklagte mittelbar zur Bestellung der Servitut angehalten (Marcian 35 D. 8, 2). Man könnte zur Unter-

[1]) a. a. O. Z. d. S.St. XVIII 80. — [2]) Observat. de iure romano, Mnemosyne XXI (1893) 145.

stützung auf die Untersuchungen von Pernice[1]) über die sog. urteilsmindernde Kraft der exceptio sich berufen wollen. Aber auch diesen Ausweg halten wir für unmöglich. Denn mit der Kompensationseinrede kann wohl der Kläger veranlaßt werden, eine Leistung zu machen bzw. die Gegenleistung sich anrechnen zu lassen, nicht aber kann damit der Beklagte zu einer Leistung veranlaßt werden.[2]) Zudem wird uns die exceptio nirgends als Mittel der Verwirklichung der Kompensation angegeben.[3]) Auch muß es recht fraglich erscheinen, ob man in diesen Fällen von „Kompensation" sprechen dürfe.[4])

Gegen die sachliche Möglichkeit der Pflügerschen Theorie ist von anderer Seite[5]) mit Recht eingewendet worden, daß die Theorie schon aus dem Grunde nicht durchführbar ist, weil der Kläger, welcher die condictio auf die ganze hingegebene Sache richtet, trotzdem er nur ein Weniger (nämlich die „Bereicherung") beansprucht, eine plus petitio begehn würde. Die strengen Regeln über die plus petitio wurden aber während der ganzen klassischen Zeit beobachtet.[6]) Desgleichen ist gegen Pflüger zutreffend geltend gemacht worden[7]), daß bei der vindicatio des Eigentümers gegen den Nießbraucher das Pflügersche Verfahren zwecks mittelbarer Erzwingung der cautio usufructuaria wohl anwendbar sei, nicht aber bei der condictio. Mit Recht bemerkt H. Krüger[8]) gegen Pflüger, daß der Kläger nach der Pflügerschen Theorie überhaupt keinen Rechtsgrund für die Klage auf die ganze Sache habe. Übereignet der Verkäufer aus dem Kaufvertrage das Haus ohne Abzug der Servitut, wie will da der Verkäufer seine Klage auf Rückgabe des ganzen Hauses begründen? Das Haus

1) Labeo II [2], 1 S. 295 fg. — 2) Bezeichnend dafür sind die Entscheidungen von Pomp. 8 D. 33, 6, Iul. 14 § 2 D. 13, 1 und 28 D. 13, 7. Vgl. Pernice a. a. O. 297 [2]. — 3) Pernice, Labeo II [2], 1 S. 305, III. — 4) Denn damit wäre eine Kompensation ungleichartiger Ansprüche gegeben. Das ist aber unzulässig. Vgl. G. IV 66, auch Naber l. c., Mnemosyne XXI 49 fg. — 5) v. Mayr, Condictio 221 unten, H. Krüger, Z. d. S. St. XXI 426/427, Stintzing, Beiträge z. röm. Rechtsgeschichte (1901) 23 [1]. — 6) Vgl. Mitteis, Condictio generalis, Jherings Jahrb. 39, 159 fg. — 7) H. Krüger a. a. O. 427 zu 7 pr. D. 7, 9. — 8) a. a. O. Z. d. S. St. XXI 427.

ist doch nicht indebite übereignet worden! Es wird ausdrücklich von den Juristen betont, daß bei Zuvielleistung keineswegs die ganze Leistung als indebitum gelten könne.[1])

Daß das quasi, welches bei der condictio wiederholt erwähnt wird, nicht die ihm von Pflüger zugemessene Aufgabe haben kann, ergibt sich auch daraus, daß zwar bei der condictio indebiti die beanstandete Aufgabe des quasi wenigstens einen falschen Schein der Richtigkeit für sich beanspruchen kann, daß aber dieses quasi nicht bloß bei der condictio indebiti, sondern fast ebenso häufig auch bei der condictio causa data causa non secuta vorkommt.[2]) Bei dieser letzteren ist aber eine analoge Aufgabe des quasi vollständig ausgeschlossen, wie eine Erwägung eines beliebigen Falles der condictio quasi causa data beweist:

> Paul. 35 § 3 D. 39, 6 Ergo qui mortis causa donat, qua parte se cogitat, negotium gerit, scilicet ut, cum convaluerit, reddatur sibi: nec dubitaverunt Cassiani, quin condictione repeti possit quasi re non secuta propter hanc rationem, quod ea quae dantur aut ita dantur, ut aliquid facias, aut ut ego aliquid faciam rel.

Es wird nach einer Begründung für die condictio bei der mortis causa donatio gesucht. Die Cassianer suchten die condictio damit zu begründen, daß der Zweck der donatio nicht eingetreten sei. Da aber von einer datio ob causam nicht recht gesprochen werden könne, so suchten sie wenigstens eine datio quasi re non secuta herauszukonstruieren.[3])

Analoges läßt sich von allen anderen Fällen sagen, in denen das quasi bei der condictio causa data erwähnt wird.[4])

Hat aber das quasi bei der condictio causa data nicht die Aufgabe, welche ihm Pflüger beimißt, so kann es diese Aufgabe auch nicht bei der condictio indebiti gehabt haben.

---

[1]) Vgl. oben S. 153. — [2]) Vgl. oben S. 142 [2]. — [3]) Vgl. auch oben Bd. I 156. — [4]) oben S. 142 [2].

Hat nun das quasi, welches bei der condictio wiederholt vorkommt, nicht die Bedeutung, welche ihm Pflüger zuschreibt, so müssen wir danach fragen, welche Bedeutung dem quasi zustehe. Wir glauben, daß die Antwort darauf schon Voigt[1]) gegeben hat. Mit dem quasi soll das Anwendungsgebiet bestimmter Kondiktionsfiguren auf Fälle ausgedehnt werden, auf welche ursprünglich jene Kondiktionsfiguren sich nicht erstrecken. Eine condictio indebiti ist dann begründet, wenn eine Nichtschuld unabsichtlich gezahlt wird. Es gibt nun Fälle, wo von der Zahlung einer Nichtschuld nicht die Rede sein kann, wo aber doch die condictio begründet ist, und das Verhältnis so liegt, daß man „gleichsam“ von der Zahlung einer Nichtschuld sprechen kann. So erklärt sich die Ausdrucksweise quasi indebitum, quasi plus debito solutum.[2]) Es ist bekannt, daß in den meisten Kondiktionsfällen eine bestimmte Kondiktionsfigur (indebiti, causa data causa non secuta, ex causa furtiva usw.) überhaupt nicht angegeben wird.[3]) Dennoch lag den Juristen daran, die einzelnen Fälle möglichst unter die bestehenden Kondiktionsfiguren zu subsummieren.[4]) Es hat dies nicht bloß theoretische, sondern auch praktische Bedeutung. Denn z. B. damit, daß eine condictio als condictio indebiti oder wenigstens als condictio quasi indebiti charakterisiert wurde, war zugleich angegeben, daß der Beklagte in dem konkreten Falle von seiner eventuellen Verpflichtung zur Rückgabe der erfahrenen Vermögensvermehrung nichts wußte, was für die Haftfrage des Beklagten wichtige Konsequenzen nach sich zieht.[5]) Zugeben kann man, daß das quasi auch dazu dienen konnte, um einen Nichtdationsfall der condictio unter die Dationsfälle (cond. indeb., cond. causa data) zu bringen. Damit erklärt sich vielleicht, daß die condictio quasi bei Julian

---

[1]) Condictiones 304 [345]. — [2]) Vgl. oben S. 145 fg. Besonders deutlich tritt dies hervor bei Mela bei Ulp. 19 § 6 D. 19, 2, Ulp. 26 pr. D. 12, 6, Paul. 65 § 9 D. 12, 6 und 50 D. 46, 3. — [3]) Vgl. oben Bd. I 28. — [4]) Vgl. oben Bd. I 118 [3]. 125 [4. 5]. 141 [1. 3]. 174. — [5]) Vgl. unten § 23. Sehr deutlich ergibt sich dies aus Paul. 5 § 1 D. 19, 5, wo nach Feststellung, daß eine condictio quasi ob rem datum re non secuta vorliegt, sofort eine Erörterung über die Haftfrage angeschlossen wird.

wiederholt erwähnt wird.[1]) Andererseits darf man daraus nicht schließen, als ob Julian die condictio nur in den Dationsfällen anerkannt habe, da das Gegenteil bezeugt ist.[2]) Das quasi bei der condictio hat also durchaus die Bedeutung von „gleichsam", welche ihm allgemein zukommt.[3]) Das quasi charakterisiert somit nicht die condictio, sondern den zugrunde liegenden Tatbestand. Dieser Tatbestand ist quasi ein solcher, wie der, wo eine Nichtschuld unabsichtlich gezahlt ist oder wie der, wo etwas zu einem bestimmten Zweck gegeben ist, und der Zweck nicht erreicht ist. Daher empfiehlt es sich nicht, von einer „Quasi-condictio" zu sprechen. Mit der condictio hat das quasi nichts zu tun: es charakterisiert vielmehr den Tatbestand, welcher die condictio begründet. Daher wird das quasi stets vor „indebitum solutum" oder vor „plus debito solutum" gestellt. Niemals wird das quasi vor „condictio" gestellt.[4]) Soll das quasi sich auf die actio beziehn, dann ist die Ausdrucksweise der Quellen eine andere: es wird das quasi unmittelbar vor die actio gestellt, um hervorzuheben, daß mit dem quasi die actio charakterisiert werden soll.[5])

Wenn also in unseren Quellen vorkommt, daß die condictio eingreift auf Grund eines Tatbestandes quasi inde-

---

[1]) oben S. 142 [1]. — [2]) oben S. 133 [4] und unten Nr. IV, 2. — [3]) Vgl. condemnandos quasi possiderent aus dem SC. Iuventianum bei Ulp. 20 § 6 c D. 5, 3, quasi non dedisset Ulp. 8 § 8 D. 16, 1, alius quasi ipse debeat solvat Paul. 65 § 9 D. 12, 1. Und ganz allgemein hat das quasi diese Bedeutung, so z. B. quasi legatum Iul. bei Afric. 23 D. 12, 1, quasi peculiares Afric. 30 D. 19, 1, quasi pars aedium Ulp. 13 § 31 D. 19, 1. — [4]) Vgl. oben S. 142 [1-3]. — [5]) Ulp. 8 § 1 D. 11, 7 Si locus religiosus pro puro venisse dicetur, praetor in factum actionem in eum dat ei ad quem ea res pertinet: quae actio et in heredem competit, cum quasi ex empto actionem contineat. Wegen der Extrakommerzialqualität des locus religiosus kommt der Kauf nicht zustande. Gegen den Verkäufer wird aber eine actio in factum gegeben, welche auf den Erben übergeht, da sie eine quasi ex emto actio sei. Die actio in factum betrifft das heute sog. negative Vertragsinteresse. Es handelt sich tatsächlich um eine quasi ex emto actio, da Mod. 62 § 1 D. 18, 1 die Kontraktsklage gibt. Vgl. Regelsberger, Pandekten I § 140 [12], Windscheid-Kipp, Pandekten II [9] § 307 [5].

bitum plus debito solutum, so wird mit dem quasi indebitum zum Ausdruck gebracht, daß es sich um eine Ausdehnung des Tatbestandes der condictio indebiti handelt. Das plus debito solutum dagegen weist darauf hin, daß es sich um eine Zuvielleistung handelt. Die Ausdrucksweise kommt besonders prägnant vor bei

Marcian 39 D. 12, 6 Si quis, cum a fideicommissario sibi cavere poterat, non caverit, quasi indebitum plus debito eum solutum repetere posse divi Severus et Antoninus rescripserunt.

Von vornherein müssen wir bemerken, daß die Ausdrucksweise in unserer Stelle nicht ganz der Pflügerschen Ausdrucksweise entspricht. Pflüger[1]) bezeichnet seine „Quasi-condictio" als „condictio indebiti quasi plus debito soluti". Die Kaiser Severus und Caracalla sprechen von repetere quasi indebitum plus debito solutum. Pflüger stellt das quasi vor plus debito soluti, um dadurch zum Ausdruck zu bringen, daß die ganze Sache ein indebitum sei, „da sie gleichsam mehr als geschuldet gezahlt sei". Das ist aber eine willkürliche Umstellung des Textes. Das quasi gehört vor das indebitum, da dadurch zum Ausdruck kommt, daß die Zahlung einer Nichtschuld nicht vorliegt, daß aber das Verhältnis gleichsam wie die Zahlung einer Nichtschuld aussieht. In sämtlichen Stellen steht das quasi vor indebitum. Nur da, wo das indebitum fortgelassen ist, und bloß das plus debito solutum steht, geht das quasi dem plus debito solutum voran; eine andere Stellung ist natürlich unmöglich, wenn überhaupt eine Quasi-Fall angenommen wird.[2])

v. Mayr[3]) glaubt im obigen Fragment (39 D. 12, 6) eine eklatante Bestätigung der Pflügerschen Theorie anzutreffen, und selbst Stintzing[4]), der sich prinzipiell gegen Pflüger entscheidet, findet in diesem Fragment den Pflügerschen Gedanken ausgesprochen.[5]) Pflüger selbst will zwar die Stelle nicht gelten lassen, da es sich nicht um die sog.

---

[1]) a. a. O. Z. d. S.St. XVIII 86. — [2]) Vgl. die sämtlichen Stellen oben S. 142 [1-3]. — [3]) Condictio 186. — [4]) a. a. O. 23 [1]. — [5]) a. a. O. Z. d. S.St. XVIII 88.

condictio incerti sondern um die condictio certae pecuniae handelt: es sei die condictio direkt „auf Rückzahlung des die Falcidische Quart verletzenden Betrages eines Geldvermächtnisses gerichtet“, wie schon von Pernice[1]) und Trampedach[2]) hervorgehoben sei. Bei der Geldkondiktion läßt aber Pflüger seine condicito indebiti quasi plus debito soluti nicht eingreifen.[3]) Es läßt sich doch nun aber nicht leugnen, daß in unserem Fragment (39 D. 12, 6) die sprachliche Ausdrucksweise der Quellen der Pflügerschen Theorie am nächsten kommt. Wenn nun Pflüger selbst unser Fragment nicht gelten lassen will, so wird damit doch die ganze condictio indebiti quasi plus debito soluti illusorisch.[4])

Nun glaubt Pflüger[5]) eine ausdrückliche Bestätigung seiner Auffassung zu finden in

> Ulp. 3 § 10 D. 35, 3 Si legatum fuerit praestitum ante interpositam hanc stipulationem, an condici possit, ut cautio ista interponatur? movet quaestionem, quod ea, quae per errorem omissa vel soluta sunt, condici possunt et hic ergo quasi plus solutum videtur ex eo, quod cautio intermissa est. et ait Pomponius condictionem interponendae satisdationis gratia competere et puto hoc probandum quod Pomponius, utilitatis gratia.

Da Pflüger[5]) diese Entscheidung zu den Hauptstellen rechnet, welche seine Auffassung rechtfertigen, und zweimal auf diese Stelle sich beruft, so muß hier eine eingehendere Exegese gegeben werden.

Ist jemandem über das gesetzliche Maß legiert worden, und besteht ein Zweifel, ob dem Erben die quarta Falcidia verbleiben wird, so gibt der Prätor dem Erben das Recht, von dem Legatar Satisdation dafür zu fordern, daß der Legatar dem Erben das fehlende ersetzen werde, sofern sich ergeben sollte, daß der Legatar mehr empfangen hat, als ihm mit Rücksicht auf die lex Falcidia zustand.[6]) Die cautio

---

[1]) Labeo III 250 [4]. — [2]) a. a. O. Z. d. S.St. XVII 123 [3]. — [3]) Vgl. oben S. 135 [2, 3]. — [4]) Vgl. auch oben S. 163. — [5]) a. a. O. Z. d. S.St. XVIII 78 fg. und Cicero pro Q. Roscio 35 [56]. — [6]) Schon bei den veteres und bei Cassius wird diese cautio erwähnt. Pomp. 31

geht auf Erstattung 'quanto amplius, quam per legem Falcidiam licuerit, ceperit'.[1]) Auch ohne Kautionsleistung kann das Zuvielgezahlte mit der condictio zurückgefordert werden; die Kautionsleistung schützt aber wegen der mit der cautio verbundenen Bürgenstellung[2]) gegen Insolvenz des Vermächtnisnehmers. Dies betont ausdrücklich

Ulp. 1 § 9 D. 35, 3 Haec stipulatio ideo locum habet, quia, etsi repeti potest id quod solutum est, tamen fieri potest, ut non sit solvendo is cui solutum est ac per hoc pereat quod datum est.[3])

Die condictio geht hier nur auf das Zuvielgeleistete; denn unmittelbar vorher erwähnt Ulpian, daß die cautio auf das quanto amplius — ceperit geht. Ausführlicher noch heben dies hervor

Paul. 8 § 4 D. 2, 8 legatarius, ut caveat — reddi — quod amplius per legem Falcidiam ceperit.

Ulp. 1 § 11 D. 35, 3 Haec verba stipulationis — non tantum eum comprehendunt, qui amplius accepit, quam ei Falcidia permissit, ut reddat partem, habeat partem, verum etiam eum qui totum debet restituere.

Die cautio geht nur auf Rückgabe des Überschusses (reddat partem).[4]) Wird das ganze Vermächtnis von der lex Falcidia betroffen, dann ist das ganze Vermächtnis herauszugeben, weil das ganze Vermächtnis gegen die lex Falcidia verstößt.[5]) Geht aber die cautio nur auf den Überschuß, so kann auch die condictio, welche an die Stelle der cautio tritt (§ 9), nur auf den Überschuß gehn. Es ergibt sich dies auch aus einem Reskripte der Kaiser Severus und Caracalla:

---

D. 35, 2, ferner kennen sie Iul. 84 D. 35, 2, Iul. bei Maec. 32 § 2 D. 35, 2, Paul. 1 § 16 D. 35, 2 und 2 D. 35, 3, Ulp. 1 pr. D. 35, 3.

[1]) Iul. 84 D. 35, 2, 28 § 16 D. 36, 1, Gaius 73 § 2 D. 35, 2, Marcell. 5 D. 35, 3, Paul. 1 §§ 12. 16 D. 35, 2 und 9 § 5 D. 22, 6, Ulp. 1 §§ 7. 8. 11 D. 35, 3, 2 § 1 C. 6, 47 a. 212. Vgl. Lenel, Édit II § 284. — [2]) Ulp. 3 § 1 D. 35, 3. — [3]) So schon Pomp. 31 D. 35, 2, ferner Marcian 39 D. 12, 6. — [4]) Vgl. auch Iul. 28 § 16 D. 36, 1. — [5]) Ulp. 1 § 11 D. 35, 3 evenit, ut — totum quod legatum est exhauriatur.

Paul. 9 § 5 D. 22, 6 — 'Quod ex causa fideicommissi indebitum datum est, si non per errorem solutum est, repeti non potest. quamobrem Gargiliani heredes, qui, cum ex testamento — pecuniam — rei publicae Cirtensium relictam solverint, non solum cautiones non exegerunt, quae interponi solent, ut quod amplius cepissent municipes quam per legem Falcidiam licuisset redderent, — frustra postulant reddi sibi — quasi plus debito dederint, cum sit utrumque iniquum pecuniam, quae ad opus aquae ductus data est, repeti et rem publicam ex corpore patrimonii sui impendere in id opus, quod totum alienae liberalitatis gloriam repraesentet. quod si ideo repetitionem eius pecuniae habere credunt, quod imperitia lapsi legis Falcidiae beneficio usi non sunt, sciant ignorantiam facti, non iuris prodesse rel.'

Die Gargilianischen Erben haben das Vermächtnis an die Cirtensische Gemeinde ausgezahlt, ohne die prätorische cautio auf Rückerstattung des mit Rücksicht auf die lex Falcidia Zuvielgezahlten zu verlangen.[1]) Die cautio geht auf 'quod amplius cepissent'. Daß die condictio auch nur auf das Zuviel geht, ergibt sich daraus, daß im Anschluß an das 'quod amplius cepissent' von der repetitio gesprochen wird. Es wird auch betont, daß das ganze Vermächtnis der Gemeinde verbleiben müsse: so kann doch nur gesprochen werden, wenn die Rückgabe des Überschusses in Frage steht. Freilich geht die condictio nicht auf die nachträgliche Leistung der cautio [2]) — wenigstens wird diese Eventualität nicht erwähnt —, aber es folgt doch zweifellos aus der Entscheidung, daß bei unterlassener Kautionsstellung die condictio auf das Zuvielgezahlte, und nicht auf das ganze Vermächtnis geht. Diese Entscheidung

[1]) Vgl. oben S. 164 [6]. Nebenbei sei gegenüber der Bemerkung von Trampedach, Condictio incerti, Z. d. S.St. XVII 123 darauf hingewiesen, daß die prätorische cautio ursprünglich nur bei Auszahlung von Legaten gegeben war (Ulp. 1 pr. D. 35, 3), daß aber dies später auch auf die Fideikommisse ausgedehnt wurde (Pomp. 31 D. 35, 2, Ulp. 1 § 6 D. 35, 3). So bezieht sich denn der Erlaß Gordians 9 C. 6, 50 sowohl auf Fideikommisse wie auf Legate. Vgl. auch Lenel, Édit II § 284 S. 282 [2]. — [2]) Vgl. oben S. 165 oben.

spricht nicht dagegen, daß bei condictio der cautio die Sache anders behandelt wurde, und die cautio etwa durch Kondizierung des ganzen Vermächtnisses mittelbar erzwungen wurde. Aber diese Entscheidung spricht auch nicht dafür. Wir haben also keine Veranlassung, uns von vorneherein der Pflügerschen Auffassung gegenüber günstig zu stellen. Im Gegenteil tritt uns überall die Entscheidung der Frage in der Form entgegen, daß bei Zuvielleistung die condictio auf Herausgabe lediglich des plus gerichtet ist. Wenn also Pflüger behauptet, daß bei der condictio cautionis, wie überhaupt in allen Fällen der sog. condictio incerti, anders verfahren wurde, so hat er dafür den Beweis anzutreten. Eine Voreingenommenheit für die Pflügersche Auffassung ist durchaus nicht berechtigt.

Daß die condictio nur auf das Zuviel des gezahlten Vermächtnisses geht, sagt auch ausdrücklich:

> Pomp. 31 D. 35, 2 Is cui fideicommissum solvitur sicut is cui legatum est satisdare debet, quod amplius ceperit, quam per legem Falcidiam ei licuerit, reddi: — nam quamvis repetitio sit eorum, quae fideicommissi nomine non debita solventur rel.

Die condictio geht hier auf Herausgabe dessen, was als non debitum gezahlt wurde. Aus dem ganzen Zusammenhang ergibt sich, daß unter den „non debita" nur das Zuviel verstanden werden kann, von dem vorher die Rede gewesen ist (quod amplius ceperit). Allerdings handelt es sich nicht um die condictio der cautio, sondern um die condictio bestimmter Sachen. Aber es ergibt sich wiederum daraus, daß wir keinen Grund haben, anzunehmen, daß bei der condictio cautionis anders verfahren wurde, und die condictio nicht auf das Zuviel (die cautio), sondern auf das ganze Vermächtnis gerichtet war.

Charakteristisch ist, daß die Ausdrucksweise nicht immer sehr genau ist. Trotzdem zweifellos die cautio nur auf Erstattung des Überschusses[1]) geht, könnte man bei Voreingenommenheit aus der Ausdrucksweise entnehmen wollen,

---

[1]) Ulp. 1 §§ 7. 8. 11 D. 35, 3. Vgl. oben S. 165 [1].

daß sogar die cautio auf Rückerstattung des ganzen Vermächtnisses gehe.

Ulp. 3 § 6 D. 35, 3 Si legatarius heredi — de restituendo legato sibi praestito caverit.

Es scheint, daß für die römischen Juristen es so selbstverständlich war, daß die cautio nur auf die Herausgabe des Überschusses geht, daß man an der Ausdrucksweise de restituendo legato sibi praestito keinen Anstoß nahm. Es heißt demnach bei ungezwungener Übersetzung, daß der Legatar kaviert bezüglich Restitution des ihm geleisteten Legates, natürlich soweit das Legat das gesetzliche Maß überschreitet.[1]) Man darf nicht außer Erwägung lassen, daß eine kürzere Ausdrucksweise notgedrungen bei den Römern sich ausbilden mußte, da sie mit einem Worte das Zuviel nicht wiedergeben konnten, sondern einer längeren Umschreibung bedurften (plus debito solutum, amplius quam ceperit).

Aus besonderen Gründen kann bei Überschreitung des durch die lex Falcidia bestimmten Maßes das ganze Vermächtnis zurückgefordert werden. Aber es müssen dann besondere Gründe vorliegen, wie z. B., wenn eine unteilbare Sache legiert ist, und von dieser Sache das „Zuviel“ zurückerstattet werden soll.

Pap. 7 D. 35, 2 Lege Falcidia interveniente legata servitus, quoniam dividi non potest, non aliter in solidum restituetur, nisi partis offeratur aestimatio.

Es ist eine Servitut legiert worden, und es ist das Maß der lex Falcidia überschritten. Der Erbe kann das Zuviel zurückfordern. Die Servitut ist unteilbar. Der Erbe kann die ganze Servitut zurückfordern, sofern er den Wert des gekürzten Legates dem Legatar offeriert. Dem beklagten Legatar steht also ein Retentionsrecht gegen den Kläger zu, bis dieser den Wert des gekürzten Legates dem Legatar leistet. Es ist diese Entscheidung auch charakteristisch für das „Retentionsrecht“, mit dem Pflüger bei der sog. quasi-condictio operiert.[2]) Auf Grund dieses Retentionsrechtes

[1]) Ebenso ist zu verstehn Ulp. 5 § 15 D. 24, 1 indebiti fideicommissi esse repetitionem nulla dubitatio est. — [2]) Vgl. oben S. 157.

hat der Kläger an den Beklagten etwas zu leisten, nämlich den Wert des gekürzten Legates. Nicht aber kann auf Grund des Retentionsrechtes der Beklagte angehalten werden, dem Kläger die „Bereicherung“ herauszugeben. Unsere Entscheidung Papinians bezieht sich doch wohl auf die Rückerstattung sowohl auf Grund der cautio wie auf Grund der condictio des Zuvielgeleisteten. Ähnlich wie bei Paul. 84 pr. D. 50, 17, Marcell bei Ulp. 26 § 4 D. 12, 6[1]) kann auch in dem uns hier beschäftigenden Falle die ganze Leistung nur aus besonderen Gründen zurückgefordert werden.[2]) Mit einer mittelbaren Feststellung der „Bereicherung“ hat die condictio der ganzen Leistung nichts zu tun.

Wir haben somit festgestellt, daß bei Überschreitung bzw. drohender Überschreitung des durch die lex Falcidia bestimmten Maßes der Vermächtnisse dem Erben die condictio auf Herausgabe des Überschusses des Gezahlten bzw. auf die Kautionsforderung zusteht. Es ist nun zu bemerken, daß man das Recht des Erben auf Kautionsleistung in der weiteren Rechtsentwicklung einzuschränken suchte. Es scheint, als ob diese prätorische Stipulation überhaupt nur nach erfolgter causae cognitio gegeben wurde[3]); wenigstens hebt Paulus[4]) dies ohne jedes Bedenken hervor. Die Kaiser Antoninus Pius[5]) und Commodus[6]) gaben schon bestimmte Fälle an, wo die cautio nicht gefordert werden durfte, und Pius hob in einer epistula ausdrücklich hervor, daß Unterlassung der Kautionsforderung aus Rechtsunkenntnis schadet.[7]) Die Kaiser Severus und Caracalla wiederholen die letztere Bestimmung in einem Reskripte und betonen, daß das Zuvielgeleistete nur zurückgefordert werden kann, wenn der

---

[1]) oben S. 155. 156. — [2]) Einen anderen Ausweg gibt in einem anderen Falle Scaev. 23 D. 35, 2. Unter Umständen kann sogar dem Legatar das ganze Vermächtnis belassen werden, und der Legatar nur verpflichtet werden, das Zuviel in Geld dem Erben herauszugeben: Gaius 80 § 1 D. 35, 2. Vgl. auch oben S. 155 fg. — [3]) Ulp. 1 pr. D. 35, 3. — [4]) Paul. 4 pr. D. 35, 3. — [5]) Paul. 7 D. 35, 3. — [6]) Callistr. 6 D. 35, 3. Wiederholt durch Kaiser Caracalla 2 pr. C. 6, 47 a. 212. — [7]) Paul. 9 § 5 D. 22, 6. Vgl. Pernice, Labeo II [2], 1 S. 495 [4]. Dasselbe kommt in einer Konstitution des Kaisers Severus (1 C. 6, 50) zum Ausdruck.

Erbe aus einem faktischen Irrtum von den Bestimmungen der lex Falcidia keinen Gebrauch gemacht hat.[1]) Außerdem geben dieselben Kaiser weitere bestimmte Fälle an, in denen der Erbe die cautio von dem Vermächtnisnehmer nicht fordern darf.[2])

Wir kommen nunmehr zu dem Inhalte unseres Fragmentes 3 § 10 D. 35, 3 und zu der Auffassung, welche Pflüger[3]) von diesem Fragmente hat. Pflüger meint, daß die condictio auf das ganze Legat gerichtet werde, welches als ein plus debito solutum angesehn werde. Das ganze Vermächtnis werde zurückgefordert; der Legatar könne an dem Legat sein Retentionsrecht auf Grund der ihm gemachten Legierung geltend machen und könne so gezwungen werden, nachträglich dem Erben die cautio zu leisten. Daß das plus debito solutum nicht die Bedeutung hat, welche ihm Pflüger beimißt, haben wir bereits festgestellt.[4]) Ebenso haben wir schon bemerkt, daß durch das Retentionsrecht des Beklagten wohl der Kläger, nicht aber der Beklagte zu einer Leistung angehalten werden kann.[5]) Ohne jeden Grund nimmt auch Pflüger an, daß die Worte omissa vel interpoliert sind, denn es wird gerade mit Rücksicht auf die quarta Falcidia vielfach von dem omittere gesprochen.[6]) Pflüger[7]) meint,

---

[1]) Paul. 9 § 5 D. 22, 6 Quod ex causa fideicommissi indebitum datum est, si non per errorem solutum est, repeti non potest. Es entspricht dies den allgemeinen Grundsätzen, welche bei der condictio indebiti gelten. Vgl. oben Bd. I 68 fg. Wiederholt ist die Bestimmung in einem Erlaß des Kaisers Gordian (9 C. 6, 50 a. 238). Vgl. auch Ulp. 5 § 15 D. 24, 1. Noch die Scholiasten betonen dasselbe: Sch. zu Paul. 9 § 5 D. 22, 6 und 3 C. 1, 18 (Bas. II 4 c. 9 und 12, ed. Heimbach I p. 84). — [2]) Ulp. 3 §§ 4. 5 D. 35, 3. — [3]) a. a. O. (oben S. 164 [5]). Schon Voigt, Condictiones 640 [567] meint, daß in unserem Fragmente 3 § 10 D. 35, 3 eine condictio indebitae rei vorliege „abzweckend auf Restitution des prästierten Legates". — [4]) oben S. 143 fg. — [5]) oben S. 155. 156. Vgl. unten Nr. III. — [6]) Pomp. 22 D. 36, 1, Pap. 14 § 1 D. 35, 2 und 7 § 4 D. 33, 4, 1 C. 6, 50 a. 197. Von 'omissam cautionem' spricht in einem anderen Falle der condictio cautionis Ulp. 5 § 1 D. 7, 5. Trampedach a. a. O. Z. d. S. St. XVII 117 weist darauf hin, daß das omissa an die condictio der Impensen bei „unterlassener" Retention erinnert. — [7]) Ciceros Rede pro Q. Roscio 35 [56].

daß Pomponius allerdings eine Sondermeinung vertreten habe; gegen Pomponius habe sich ausdrücklich Papinian 7 § 4 D. 33, 4 [1]) ausgesprochen, und Ulpian folge dem Pomponius nur utilitatis gratia, wie am Schlusse unseres Fragmentes 3 § 10 D. 35, 3 hervorgehoben werde. Wir vermögen der Auffassung Pflügers uns nicht anzuschließen.

Gehn wir an die Interpretation unseres Fragmentes (3 § 10 D. 35, 3) ohne vorgefaßte Meinung, so ist es wohl folgendermaßen zu verstehn. Der Erbe hat in dem vorliegenden Falle das Recht, von dem Legatar die cautio quanto amplius, quam per legem Falcidiam licuerit, ceperit, redditum iri zu verlangen.[2]) Nun hat der Erbe das Legat schon vor Kautionsleistung ausgezahlt. Zeigt sich nachträglich, daß dem Erben die quarta Falcidia nicht verblieben ist, so hat der Erbe die condictio des Zuvielgezahlten.[3]) Aber diese condictio kann bei eintretender Insolvenz des Legatars für den Erben illusorisch werden.[4]) Der Erbe hat also eventuell ein Interesse, nach Auszahlung des Legates die cautio zu erlangen, da der Erbe die condictio auf Rückgabe des Zuvielgezahlten nicht erheben kann, bevor nicht festgestellt ist, daß die quarta Falcidia dem Erben geschmälert worden ist. Es mußte nun die Schwierigkeit entstehn, mit welcher Klage der Erbe die cautio nach ausgezahltem Legate fordern soll. Die cautio ist eine stipulatio praetoria.[5]) Ist das Legat nicht ausgezahlt, so kann der Prätor bei Gelegenheit der Klage auf Auszahlung des Legates die cautio erzwingen.[6]) Ist dagegen das Legat ohne Kautionsleistung ausgezahlt, so fehlt jede rechtliche Grundlage, den Legatar nachträglich zur Kautionsleistung zu zwingen.[7]) Die römischen Juristen waren also in der

---

[1]) oben S. 153. — [2]) Vgl. oben S. 165 [1]. — [3]) Pomp. 31 D. 35, 2, Ulp. 1 § 9 D. 35, 3 (oben S. 167. 165). — [4]) Ulp. 1 § 9 D. 35, 3. — [5]) Iul. bei Maec. 32 § 2 D. 35, 2. — [6]) Hierauf bezieht sich doch wohl die cognitio praetoris, welche Paul. 4 pr. D. 35, 3 erwähnt, da die cautio nur nach vorangegangener causae cognitio (oben S. 169 [3]) gefordert werden kann. — [7]) Trampedach a. a. O. Z. d. S.St. XVII 124 meint, daß die extraordinaria cognitio eingreifen könne unter Berufung auf 4 pr. D. 35, 3. Vgl. darüber Anm. 6. Über 22 D. 36, 1 vgl. unten S. 177.

Tat vor eine subtile juristische Frage gestellt. Man nahm folgenden Ausweg. Zahlt der Erbe das Legat ohne Kautionsleistung, so kann man nicht sagen, daß der Erbe eine Nichtschuld gezahlt habe; denn das Legat war geschuldet.[1]) Man kann nur sagen, daß quasi ein indebitum vorliegt, indem zwar nicht das Legat als indebitum gilt, auch nicht als quasi indebitum (hierin liegt unserer Meinung nach der Fehler bei Pflüger), wohl aber die Unterlassung der Kautionsforderung als solutio, und zwar als solutio eines indebitum gilt.[2]) Denn der Erlaß einer Forderung kann schon als quasi Zahlung aufgefaßt werden, indem der Gläubiger dem Schuldner das „zahlt", was der Schuldner dem Gläubiger zu zahlen hatte. Daher hebt auch Pomponius hervor, daß ein indebitum nicht nur dann angenommen werden kann, wenn etwas gezahlt ist, sondern auch dann, wenn eine Forderung (der Anspruch auf eine Zahlung) nicht geltend gemacht wird.[3]) Darauf beziehn sich die Worte quod ea, quae per errorem omissa vel soluta sunt, condici possunt.[4]) Pomponius gibt also die condictio auf Kautionsleistung. Ulpian schließt sich ihm an. Aber warum nur utilitatis gratia? Wir haben gesehn[5]), daß in der weiteren Rechtsentwicklung namentlich kaiserliche Konstitutionen der cautio durchaus nicht günstig gegenüberstanden. Erinnern wir uns nun, daß Ulpian den Konstitutionen der Kaiser eine besondere Beachtung schenkte[6]), so können wir begreifen, warum Ulpian in unserem Fragmente 3 § 10 D. 35, 3 die

---

[1]) Dies betont mit Recht Brinz, Pandekten II [2] § 304 [6] S. 542. — [2]) Zutreffend bemerkt Trampedach a. a. O. Z. d. S.St. XVII 121 „daß nirgends in der römischen Jurisprudenz die Ansicht vertreten wird, daß die Unterlassung der Kaution oder die der Retention eine an sich geschuldete Leistung zum indebitum mache. Julian und Pomponius haben zum Schutz der condictio auf — die unterlassene Kaution allerdings in künstlicher Ausdehnung des debitum mit dem 'quasi plus debito solutum' operiert, aber niemals die geschuldete Leistung, das debitum als solches, anzutasten versucht." — [3]) Vgl. Paul. 65 § 9 D. 12, 6, Ulp. 26 § 3 D. 12, 6, G. III 124, auch Pernice, Labeo III 205. — [4]) Das omissa wird wiederholt mit Rücksicht auf die quarta Falcidia erwähnt. Vgl. oben S. 170 [6]. — [5]) oben S. 169. — [6]) Vgl. Pernice, Ulpian als Schriftsteller 13 fg. (Sitzungsber. d. Preuß. Ak. d. Wiss. 1885 S. 455 fg.).

condictio cautionis nur utilitatis gratia gewährt. Dies utilitatis gratia bezieht sich somit nicht darauf, daß Ulpian aus Zweckmäßigkeitsgründen der angeblichen Ansicht des Pomponius folgt, wonach die condictio auf das ganze Legat gerichtet wird, sondern darauf, daß Ulpian mit Pomponius überhaupt die condictio cautionis anerkennt, obwohl zu seiner (des Ulpian) Zeit man der cautio überhaupt nicht günstig gegenüberstand. Denn daß die cautio selbst nach Auszahlung des Legates gefordert werden konnte, wird uns durch ein Reskript des Kaisers Antoninus Pius bezeugt, welches allerdings wedor bei Pflüger noch bei v. Mayr erwähnt wird.

Ulp. 3 § 5 D. 35, 3 ceteros autem, cuiuscumque dignitatis sint, licet iam legata perceperint, compelli debere ad cavendum divus Pius rescripsit: ex quo rescripto etiam illud accipimus, quod etiam post soluta legata voluit stipulationem interponi.

Die Klage auf Kautionsleistung nach erfolgter Zahlung der Legate kann hier nur die condictio sein. Die cognitio extraordinaria[1]) kann nicht in Betracht kommen, da Legate, nicht Fideikommisse, in Frage stehn.

Wenn Pflüger[2]) zur Unterstützung seiner Auffassung sich noch besonders darauf beruft, daß Papinian[3]) in Opposition zu Pomponius gestanden habe, und daß daraus sich ergebe, daß Pomponius die condictio auf das ganze Vermächtnis gehn lasse, so hat allerdings eine Opposition zwischen Pomponius und Papinian bestanden. Aber diese Opposition ging nicht darauf, daß Pomponius dem Erben das ganze Vermächtnis zurückgab, um den Vermächtnisnehmer zur Kautionsleistung zu zwingen, wozu der Gegensatz wäre, daß Papinian dem Erben die direkte condictio auf Kautionsleistung gab, vielmehr bezog sich die Opposition zwischen diesen beiden Juristen darauf, daß Pomponius die condictio cautionis gibt, während sie Papinian verweigert. Wir haben schon erwähnt[4]), daß die

---

[1]) Vgl. oben S. 171 [7]. — [2]) a. a. O. Z. d. S.St. XVIII 81 fg. und Ciceros Rede pro Q. Roscio 35 [56]. Ihm folgt v. Mayr, Condictio 224 [3]. — [3]) 7 § 4 D. 33, 4 (oben S. 153). — [4]) S. 169.

Kaiser der cautio nicht günstig gegenüberstanden. Es soll aber die angebliche Sondermeinung Papinians noch eingehend erörtert werden, da Pflüger in ihr eine Hauptstütze seiner Auffassung erblickt. Ausgesprochen ist die angebliche Sondermeinung bei

Pap. 7 § 4 D. 33, 4 Si forte per errorem cautio defensionis omissa sit et ex causa fideicommissi filius dotem acceperit, ut indebitum fideicommissum non repeteretur: cautionis enim praestandae necessitas solutionem moratur, non indebitum facit quod fuit debitum: sed non erit iniquum heredi subveniri.

Papinian behandelt in dem fr. 7 den Fall, wo der Vater die von der Schwiegertochter empfangene dos dem enterbten Sohne legiert. Der Erbe des Vaters brauche die dos nicht eher auszuzahlen, als bis der Legatar die cautio de indemnitate soluto matrimonio leiste. Greift die lex Falcidia ein, dann kann der Erbe $^1/_4$ der dos zurückhalten, aber in Höhe dieses Viertels haftet der Erbe der Frau mit der Dotalklage nach aufgelöster Ehe. Hat der Erbe es irrtümlich unterlassen, die cautio zu fordern, und handelt es sich um ein Fideikommiß, dann kann zwar das Fideikommiß von dem Erben nicht zurückgefordert werden, aber es wird aus Billigkeit dem Erben geholfen.

Die cautio, welche Papinian erwähnt, ist somit nicht die cautio quanto amplius, quam per legem Falcidiam licuerit, ceperit, redditum iri[1]), sondern die cautio de indemnitate soluto matrimonio. Papinian erwähnt nur das Retentionsrecht e lege Falcidia. Papinian spricht also von einer anderen cautio als Pomponius 3 § 10 D. 35, 3. Allerdings erwähnt Papinian, daß, wenn das Fideikommiß ohne Kautionsleistung ausgeantwortet wird, man nicht von der Zahlung eines indebitum sprechen könne. Dies indebitum bezieht sich auf das ganze Fideikommiß. Papinian wiederholt also das, was Paul. 84 pr. D. 50, 17[2]) gesagt hat. Wir haben gesehn[3]), daß bei Leistung ohne Kaution man für die nachträgliche Forderung der cautio eine rechtliche Grundlage finden mußte, und daß man sie darin fand, daß die

[1]) oben S. 165 [1]. — [2]) oben S. 155. — [3]) oben S. 171/172.

cautio als indebite soluta aufgefaßt wurde. Und dies letztere sagt auch Pomp. 3 § 10 D. 35, 3[1]) (ea quae per errorem omissa vel soluta sunt, condici possunt). Man kann nun fragen, ob Papinian (7 § 4 D. 33, 4) wenigstens die Unterlassung der cautio als ein indebitum solutum auffaßt, womit er sich auf den Standpunkt des Pomponius und anderer Juristen stellen würde, welche in dieser Formulierung eine rechtliche Grundlage für die nachträgliche (d. h. nach erfolgter Ausantwortung des Vermächtnisses) Forderung der Kautionsleistung gefunden haben. Papinian gibt darauf keine Antwort. Aber da er so scharf betont, daß das Vermächtnis nicht als indebite solutum betrachtet werden kann, so scheint er auch die Auffassung von sich zu weisen, als ob die unterlassene cautio als ein indebite solutum betrachtet werden könne. Papinian ist also überhaupt der nachträglichen Forderung der Kautionsleistung abgeneigt, und hierin besteht sein Gegensatz zu Pomponius. Pflüger dagegen meint, als ob Pomponius die nachträgliche Kautionsleistung durch Kondizierung des ganzen Vermächtnisses erzwingen wolle, während Papinian sich dagegen aussprach: dann müßte Papinian die direkte Kondizierung der cautio zulassen. Das wäre die Konsequenz der Pflügerschen Auffassung. Dies ergibt sich aber aus Papinian keineswegs. Allerdings bemerkt Papinian am Schlusse, daß aus Billigkeitsrücksichten dem Erben geholfen werden müsse. Mit welchem Mittel? Die condictio wird man nicht annehmen dürfen, da die vorangegangenen Ausführungen Papinians sich wohl nicht bloß gegen die condictio des ganzen Fideikommisses, sondern auch gegen die condictio der cautio richten. Man kann daher schwanken, ob Papinian eine actio in factum[2]) geben oder mit der cognitio extraordinaria (es handelt sich um ein Fideikommiß)[3]) helfen will.

Daß Papinian der nachträglichen condictio cautionis abgeneigt war, ergibt eine andere seiner Entscheidungen, nämlich:

---

[1]) oben S. 164. — [2]) oben Bd. I 115. — [3]) Trampedach a. a. O. Z. d. S. St. XVII 122 [1].

Pap. 69 § 3 D. 31 Fratre herede instituto petit, ne domus alienaretur, sed ut in familia relinqueretur. si non paruerit heres voluntati, sed domum alienaverit vel extero herede instituto decesserit, omnes fideicommissum petent qui in familia fuerunt. quid ergo si non sint eiusdem gradus? ita res temperari debet, ut proximus quisque primo loco videatur invitatus. nec tamen ideo sequentium causa propter superiores in posterum laedi debet, sed ita proximus quisque admittendus est, si paratus sit cavere se familiae domum restituturum. quod si cautio non fuerit ab eo, qui primo loco admissus est, desiderata, nulla quidem eo nomine nascetur condictio, sed si domus ad exterum quandoque pervenerit, fideicommissi petitio familiae competit. cautionem autem ratione doli mali exceptionis puto iuste desiderari, quamvis nemo alius ulterior ex familia supersit.

Wir haben uns mit der Entscheidung schon kurz beschäftigt bei unseren Untersuchungen über den Rechtsgrund der condictio.[1]) Man kann schwanken, ob die cautio dem Erben[2]) oder den anderen Familienmitgliedern[3]), welche zu dem Familienfideikommiß berufen sind, geleistet werden muß. Papinian spricht sich gegen die condictio der cautio aus (quod si cautio non fuerit ab eo, qui primo loco admissus est, desiderata, nulla quidem eo nomine nascetur condictio). Pflüger[4]) nimmt nach dem Vorgange von Cuiacius[5]) an, daß Papinian nicht die condictio cautionis, sondern die condictio des ganzen Fideikommisses im Auge habe. Ähnlich wie in 7 § 4 D. 33, 4 wolle Papinian betonen, daß das ganze Fideikommiß nicht als indebitum gelten und daher auch nicht kondiziert werden könne. Wir können dem nicht beistimmen.[6]) Denn wenn Papinian

[1]) oben Bd. I 116 fg. — [2]) Cuiacius, Comment. in lib. XIX Quaest. Papiniani zu 69 § 3 D. 31 (Opera omnia, ed. Neap. IV 547 B, Trampedach a. a. O. XVII 121[3]. — [3]) oben Bd. I 116 oben. — [4]) a. a. O. 82[2]. — [5]) a. a. O. 548 B. — [6]) Auch Trampedach a. a. O. 121[3] lehnt die Auffassung ab, als ob Papinian die condictio des ganzen Fideikommisses meine. Das Hauptargument des Cuiacius ist, daß in anderen Entscheidungen die condictio cautionis anerkannt sei; daher könne Papinian die condictio cautionis nicht ab-

sich gegen die condictio des ganzen Fideikommisses in 69 § 3 D. 31 aussprechen wollte, so müßte man daraus schließen, daß Papinian die condictio der cautio zulassen wollte. Nun ergibt sich aber so viel mit großer Deutlichkeit aus 69 § 3 D. 31, daß Papinian die condictio der cautio versagte.

Aber Pflüger könnte sich für seine Ansicht, daß Pomponius tatsächlich die condictio des ganzen Legates in unserer Entscheidung (3 § 10 D. 35, 5) vor Augen habe, auf eine andere Entscheidung des Pomponius berufen, welche hier gleichfalls untersucht werden muß, um so mehr, da sie dieselbe cautio des Vermächtnisnehmers betrifft[1]):

> Pomp. 22 D. 36, 1 Heres cum debuerat quartam retinere, totam hereditatem restituit nec cavit sibi stipulatione proposita. similem eum esse Aristo ait illis, qui retentiones, quas solas habent, omittunt: sed posse eum rerum hereditariarum possessionem vel repetere vel nancisci et adversus agentem doli mali exceptione uti posse eum et debitoribus denuntiare, ne solveretur.

Der Erbe hat dem Universalfideikommissar die ganze Erbschaft herausgegeben, ohne die Quart ex lege Falcidia bzw. ex SC. Pegasiano zurückzubehalten und ohne Kautionsleistung quanto amplius, quam per legem Falcidiam licuerit, ceperit, redditum iri.[2]) Aristo neigt der Ansicht

---

lehnen. Nun wissen wir aber (vgl. unten Nr. IV, 5), daß die Anerkennung der condictio cautionis keineswegs ohne Widerspruch durchdrang. Es ist weiter darauf hinzuweisen, daß Papinian der sog. condictio incerti überhaupt nicht günstig gegenüberstand; denn wir haben kein Fragment, in dem Papinian die sog. condictio incerti anerkennt. Vgl. oben S. 45 [3-7]. Aus diesem Grunde möchten wir auch nicht einen anderen, an sich möglichen, Ausweg endgiltig billigen, als ob Papinian sich nur gegen die condictio in 69 § 3 D. 31 ausspreche, weil die cautio absichtlich nicht gefordert sei (oben Bd. I 116 [1]). Unter diesen Umständen dürfen wir aus 69 § 3 D. 31 nicht mit Cujaz und Pflüger schließen, daß Papinian zwar gegen die condictio cautionis nichts einzuwenden habe, da diese auch von anderen Juristen anerkannt sei, daß aber Papinian sich gegen die condictio des ganzen Fideikommisses habe wenden wollen.

[1]) G. II 254. Vgl. Windscheid-Kipp, Pandekten III [8] § 666 [8], Girard, Droit romain [4] 930 [2]. — [2]) G. II 254 quae solent stipulationes

zu, daß dem Erben nicht die condictio auf Rückerstattung des Zuvielgezahlten zustehe: der Erbe sei zu behandeln wie derjenige, welcher nur ein Retentionsrecht hat.[1]) Pomponius dagegen gibt dem Erben die condictio auf Rückerstattung der Quart. Es entspricht dies der allgemeinen Stellung des Pomponius zu unserer condictio.[2]) Die hier von Pomponius erwähnte condictio geht offenbar nicht auf nachträgliche Kautionsleistung, sondern direkt auf Herausgabe des Zuvielgeleisteten, ist also condictio certae rei. Man könnte nun meinen, daß Pomponius dem Erben das Recht gebe, das ganze Universalfideikommiß zurückzufordern, um den Fideikommissar mittelbar zur Kautionsleistung anzuhalten[3]), und zur Unterstützung einer solchen Auffassung sich auf die Worte rerum hereditariarum possessionem vel repetere vel nancisci berufen. Nun bedeuten aber diese Worte nur, daß dem Erben die bonorum possessio der über das Maß herausgegebenen Sachen zusteht. Der Erbe, welcher das Universalfideikommiß herausgibt, ist bezüglich der Falcidischen Quart Singularfideikommissar.[4]) Ist ihm der Besitz verloren gegangen, da er die ganze Erbschaft herausgegeben hat, so wird er darin restituiert wie ein Singularfideikommissar d. h. durch extraordinaria cognitio seitens des praetor fideicommissarius, welcher ihm bonorum possessionem erteilt. Die condictio verschafft dem Erben somit nicht bloß Besitz an den Erbschafts-

---

inter heredem et partiarium legatarium interponi, eaedem interponantur inter eum qui ex fideicommissi causa recipit hereditatem, et heredem rel. Vgl. auch oben S. 165 [1].

[1]) Vgl. oben Bd. I 92 fg. 112 [2]. Dieselbe Auffassung vertritt Paul. Sent. IV 3 § 4 Qui totam hereditatem restituit, cum quartam retinere ex Pegasiano debuisset, si non retineat, repetere eam non potest. nec enim indebitum solvisse videtur qui plenam fidem defuncto praestare maluit. — [2]) 31 D. 35, 2 (oben S. 167), 3 § 10 D. 35, 3 (oben S. 164). — [3]) Diese Auffassung vertritt v. Mayr, Condictio 355 [2]. Auch Pfersche, Bereicherungsklagen 59 [8] will in unserem Fragment (22 D. 36, 1) eine condictio possessionis annehmen, wogegen sich mit Recht ausgesprochen haben Trampedach a. a. O. Z. d. S.St. XVII 110/111 und v. Mayr, Condictio 217 [3]. — [4]) Vgl. darüber insbesondere Vangerow, Pandekten II [7] § 536 Anm., II (S. 485) und Windscheid-Kipp, Pandekten III § 652 [17].

sachen, sondern Eigentum wie einem bonorum possessor.[1]) Also auch hier gibt Pomponius die condictio lediglich auf den Überschuß.

Im Resultate stimmen wir somit darin Pflüger zu, daß die condictio stets auf ein certum gerichtet war.[2]) In den Fällen der condictio certae pecuniae und der condictio certae rei macht dies keine Schwierigkeiten und wird auch allgemein anerkannt. Schwierigkeiten dagegen macht, wie in den Fällen der sog. condictio incerti der Gegenstand der condictio gefunden wurde. Pflüger nimmt an, daß auch in diesen Fällen die condictio stets auf ein certum gerichtet war, worin wir, wie erwähnt, ihm zustimmen. Dagegen vermögen wir Pflüger nicht darin zu folgen, daß dies certum in den Fällen der sog. condictio incerti in der Weise gewonnen wurde, daß die condictio stets auf die ganze hingegebene Sache gerichtet wurde, und nun mit Hilfe der exceptio doli auf Grund des dem Beklagten zustehenden Retentionsrechtes in iudicio die herauszugebende Bereicherung festgestellt, und der Beklagte zur Herausgabe dieser Bereicherung mittelbar veranlaßt wurde.[3]) Insbesondere akzeptieren wir nicht die Auffassung, welche Pflüger von der sog. quasi-condictio hat. Die weiteren einzelnen Fragmente, auf welche sich Pflüger zur Stützung seiner Ansicht beruft, werden im Verlaufe unserer weiteren Untersuchungen erörtert werden, wo sich Gelegenheit finden wird, die Argumentation Pflügers auch für diese Fälle zu widerlegen.

Noch weiter als Pflüger geht in der Annahme von Interpolationen Benigni[4]), welcher mit Ausnahme der condictio liberationis die sog. condictio incerti auch sachlich für interpoliert hält, indem er annimmt, daß die ganzen Passus, welche sich auf die sog. condictio incerti beziehn, den Kompilatoren angehören. Die condictiones possessionis, servitutis, cautionis etc. seien in ihrer Gesamtheit eine Erfindung der Kompilatoren. Aber der Verfasser

[1]) Vgl. auch Trampedach a. a. O. Z. d. S.St. XVII 110/111, v. Mayr a. a. O. Z. d. S. St. XXV 190 [5]. — [2]) Vgl. oben S. 51 fg. — [3]) Vgl. oben S. 134 fg., auch S. 150. — [4]) La condictio incerti, Archivio giuridico LXXV, 2 (1905) S. 309 fg.

hat besondere Argumente, welche für eine so weit gehende Interpolation sprechen könnten, nicht beigebracht, sondern begnügt sich mit den Argumenten, welche in der Literatur gegen die Echtheit dieser Stellen hervorgehoben worden sind. Die in der Literatur beigebrachten Argumente hat man jedoch bisher nur für genügend erachtet, um die Interpolation der Zusätze incertum, incerti zu erweisen[1]), allenfalls auch noch, um den Verdacht gegen die Echtheit sonstiger Ausdrücke zu unterstützen. Daß aber aus den bisher bekannten Argumenten die Interpolation der ganzen auf die sog. condictio incerti bezüglichen Stellen folgen sollte, ist bisher von niemandem behauptet worden. Für eine solche Behauptung hätte der Verfasser daher weitere Argumente beibringen müssen. Was dagegen die condictio liberationis betrifft, so meint Benigni[2]), daß in diesen Fällen der condictio vielmehr eine condictio certae pecuniae vorliege. Wir werden bei Gelegenheit der Untersuchungen über die condictio liberationis auf die Argumente des Verfassers zu sprechen kommen.[3]) Richtig halten wir an der Gesamtauffassung der sog. condictio incerti durch Benigni, daß dieser Autor von der Einheit der condictio ausgeht. Auch wir nehmen an, daß es nur eine condictio gibt. Diese condictio geht immer auf certum. Das certum ist entweder eine certa pecunia oder eine certa res. Aber wir gehn weiter. Die einheitliche condictio kann entweder auf dare oportere oder auch auf facere oportere gehn. In beiden Fällen liegt ein certum vor. Das Ursprüngliche war, daß die condictio auf dare oportere ging. Das hatte seine Ursache in dem Rechtsgrunde der condictio, welcher sich auf die Vermögensvermehrung des Beklagten stützt.[4]) Aber allmählich wurde die condictio auch auf ein facere oportere zugelassen. Daher können wir Benigni nicht darin folgen, als ob die condictio nur auf certa pecunia und certa res gehn konnte, und als ob die condictio auf facere oportere erst durch die Kom-

---

[1]) Vgl. oben S. 45 [3–6]. — [2]) a. a. O. 320 fg. — [3]) unten § 16, IV, 6. — [4]) Vgl. unten § 21.

pilatoren geschaffen worden sei. Vielmehr nehmen wir im Gegensatz zu Benigni an, daß die condictiones possessionis, impensarum, operarum und habitationis, servitutis, obligationis (cautionis) schon dem klassischen Rechte angehören.

IV. Da wir den Resultaten, welche Trampedach und v. Mayr bzw. Pflüger über die sog. condictio incerti aufstellen, nicht zuzustimmen vermögen[1]), so haben wir in selbständiger Weise die einzelnen Anwendungsfälle der sog. condictio incerti zu untersuchen, um zu versuchen, einerseits das Wesen der sog. condictio incerti zu erkennen, andererseits Material für die Beantwortung unserer Hauptfrage nach der prozessualischen Bestimmung des Gegenstandes der condictio herbeizuschaffen.

1. Die condictio possessionis. Als ältester Fall der sog. condictio incerti tritt uns die condictio possessionis ex causa furtiva[2]) entgegen. Diese ist schon bei Aristo bezeugt.[3])

> Aristo, Nerat. bei Ulp. 12 § 2 D. 13, 1 Neratius libris membranarum Aristonem existimasse refert eum, cui res pignori data sit, incerti condictione acturum, si ea subrepta sit.

Dem Pfandgläubiger steht die condictio zu, wenn ihm die Pfandsache entwendet worden ist. Diese condictio kann nicht condictio rei, sondern nur condictio possessionis

---

[1]) Vgl. oben S. 79 fg. — [2]) Aristo, Nerat. bei Ulp. 12 § 2 D. 13, 1; Cels. bei Ulp. 25 pr. § 1 D. 47, 2; Cels. bei Ulp. 2 D. 13, 3. — [3]) Zustimmend Voigt, Condictiones 330, Bekker, Aktionen I 109 [31] und Besitz 287 [2], Trampedach a. a. O. Z. d. S. St. XVII 99/100, H. Krüger, Z. d. S.St. XXI 424, Lenel, Édit I 179 [3], Girard, Droit romain [4] 614 [1, 2], Kipp, v. condictio in Pauly-Wissowa, Realencyclop. 856, 14 fg., v. Mayr, Condictio incerti, Z. d. S.St. XXV 189 [1]. Gegen Pernice, Labeo I 313 [10]. 314 und Labeo III 210 [2, 3], welcher die condictio possessionis schon auf Sabinus zurückführt, vgl. die zutreffenden Ausführungen bei Bruns, Besitzklagen 199 [2] und insbesondere bei Trampedach a. a. O. 103 [1–2], auch v. Mayr a. a. O. Z. d. S. St. XXV 190 [2, 3]. Die Sch. 7 (cf. Sch. 6) zu Ulp. 12 § 2 D. 13, 1 (Bas. LX 10 c. 12 ed. Heimbach V 439) nennt die condictio furtiva incerti als von altersher anerkannt.

sein; denn der Pfandgläubiger hat selbst nur Besitz an der entwendeten Sache[1]), kann also auch nur den Besitz von dem Diebe zurückfordern und nicht das Eigentum. An sich könnte man sagen, daß überhaupt jede condictio ex causa furtiva eine condictio possessionis sei; denn der Dieb erwirbt nur den Besitz, und der Eigentümer entbehrt nur den Besitz.[2]) Nichtsdestoweniger ist bei den römischen Juristen herrschend gewesen die Auffassung, wonach die condictio furtiva eine condictio rei und nicht eine condictio possessionis sei.[3]) Demnach haben wir in der obigen Nachricht von Aristo das älteste Zeugnis der condictio possessionis. Daraus folgt, daß die condictio possessionis zuerst aus einem furtum anerkannt war: der bestohlene Pfandgläubiger hat die condictio possessionis.[4]) Man könnte nun einwenden, daß auch in unserer Entscheidung des Aristo eine condictio rei und nicht eine condictio possessionis vorliege: denn wenn der Eigentümer vom Diebe das dare oportere intendieren kann[5]), warum solle der Pfandgläubiger nicht auf das corpus selbst intendieren?[6]) Wir glauben, daß beide Fälle doch nicht auf gleichem Boden stehn. Die Quellen melden uns ausdrücklich, daß 'odio furum' die condictio furtiva gegen den Dieb zustehe, obwohl durch den Diebstahl das Eigentum nicht erlischt.[7]) Diese condictio furtiva ist auf dare

---

[1]) Iav. 16 D. 41, 3. — [2]) So deduziert Naber, Observat. de iure romano, Mnemosyne XX (1892) 105 [1]. 106. Vgl. darüber unten Anm. 3. — [3]) G. IV, 4. Ulp. 8 pr. § 1 D. 13, 1 In re furtiva condictio ipsorum corporum competit. — Si ex causa furtiva res condicatur —. Zustimmend Voigt, Condictiones 329 [277], Trampedach a. a. O. 129, H. Krüger, Z. d. S.St. XXI 424, v. Mayr a. a. O. Z. d. S.St. XXV 189 [2]. 196 [2. 3]. Vgl. auch Bekker, Besitz 287 fg. — [4]) Daß in unserer Entscheidung (12 § 2 D. 13, 1) eine condictio furtiva vorliegt, dürfte heute nicht mehr bestritten werden. Vgl. Trampedach a. a. O. 100 [2] fg., v. Mayr a. a. O. Z. d. S.St. XXV 195 [2]. — [5]) G. IV 4. — [6]) Diesen Einwand erhebt Pflüger a. a. O. Z. d. S.St. XVIII 112. Ihm folgte v. Mayr, Condictio 198 [2]. — [7]) G. IV 4. Vgl. oben Bd. I 42 [3]. Proculus nimmt keineswegs eine entgegengesetzte Sonderstellung ein, wie Trampedach a. a. O. 98. 99 unter Zustimmung v. Mayrs a. a. O. Z. d. S.St. XXV 189 [4] glaubt. Proculus steht vielmehr auf dem allgemeinen Standpunkt, daß die condictio durch die vindicatio ausgeschlossen wird, d. h. daß die condictio dem Eigentümer nicht zusteht. Vgl. oben Bd. I 34. Von

oportere gerichtet, also eine condictio rei.[1]) Diese condictio furtiva auf dare oportere steht aber nur dem Eigentümer zu.[2]) Man könnte nun meinen, daß die condictio furtiva rei auf den Pfandgläubiger ausgedehnt worden sei. Dann dürfte aber Ulpian nicht die Entscheidung des Aristo akzeptieren; denn Ulpian[3]) räumt nur dem Eigentümer die condictio furtiva rei ein. Es muß sich somit in unserer Entscheidung des Aristo (12 § 2 D. 13, 1) um eine andere Ausdehnung handeln. Da bleibt nichts anderes übrig als anzunehmen, daß Aristo die condictio furtiva nicht bloß bei Kondizierung der Sache, sondern auch bei Kondizierung des Besitzes zuließ. Sachlich war dies durchaus begründet.[4]) Auf das incerti (condictione acturum) dürfen wir uns natürlich zur Unterstützung unserer Ansicht nicht berufen, da das 'incerti' sicherlich interpoliert ist.[5])

Ausdrücklich anerkennt die condictio possessionis

Cels. bei Ulp. 25 pr. § 1 D. 47, 2 Verum est, quod plerique probant, fundi furti agi non posse. Unde quaeritur, si quis de fundo vi deiectus sit, an condici ei possit qui deiecit. Labeo negat: sed Celsus putat posse condici possessionem, quemadmodum potest re mobili subrepta.

Labeo leugnet noch die Zulässigkeit des furtum an Immobilien, während Sabinus[6]) dies ausdrücklich zuge-

der condictio furtiva behauptet er dies nicht, so daß er offenbar die Ausnahme (G. IV 4) anerkennt. Die bei Trampedach angeführten Stellen beziehn sich nicht auf die condictio furtiva (15 D. 12, 4, oben Bd. I 182 [1], vgl. Pernice, Labeo III 273 [8]; in 53 D. 12, 6 liegt eine condictio causa data vor, vgl. Cels. bei Ulp. 3 § 7 D. 12, 4 oben Bd. I 196. 197; 9 § 9 D. 12, 1 enthält eine condictio ex mutuo; über 67 D. 23, 3 vgl. oben Bd. I 63).

[1]) G. IV 4. — [2]) Iul. bei Ulp. 12 § 5 D. 7, 1, G. IV 4, Ulp. 12 D. 7, 9. 1, 7 § 1, 10 § 2, D. 13, 1. 1 § 1 D. 13, 3. 14 § 16 D. 47, 2. Vgl. auch Glück, Kommentar XIII 218 fg. und Pflüger, Sog. Besitzklagen 121 fg. — [3]) Vgl. oben Anm. 2. — [4]) Vgl. Trampedach a. a. O. 100 [3]. — [5]) Trampedach a. a. O. Z. d. S.St. XVII 145 oben. Vgl. oben S. 45 [3–6]. — [6]) Gellius, N. A. XI 18 § 13 Sabini librum, cui titulus est de furtis. In quo id quoque scriptum est — non hominum tantum neque rerum moventium — sed fundi quoque et aedium fieri furtum. G. II 51 und 38 D. 41, 3 hat bekanntlich diese Ansicht des Sabinus

steht. Celsus folgt in unserer Entscheidung der Auffassung des Sabinus und läßt die condictio furtiva bei Immobilien zu. Aber Celsus gibt nur die condictio possessionis, nicht die condictio rei. Celsus begründet die condictio possessionis furtiva von Grundstücken damit, daß auch bei Mobilien die condictio possessionis furtiva anerkannt sei.[1]) Offenbar hat Celsus dabei, wie Trampedach[2]) trefflich begründet, die obige Entscheidung des Aristo (12 § 2 D. 13, 1) im Sinne. Ob in der Entscheidung des Celsus (25 § 1 D. 47, 2) es sich um eine condictio des Eigentümers handelt oder eines Nichteigentümers z. B. eines Pfandgläubigers wie in 12 § 2 D. 13, 1, läßt sich nicht bestimmen; doch möchten wir gerade mit Rücksicht auf Aristo (12 § 2 D. 13, 1) uns für das letztere entscheiden.[3])

Aus der Begründung der condictio possessionis furtiva von Immobilien durch Celsus damit, daß diese condictio auch bei Mobilien anerkannt sei, ergibt sich, daß die condictio possessionis furtiva bei Mobilien früher anerkannt war, denn bei Immobilien.[4])

Allerdings scheinen die römischen Juristen recht geschwankt zu haben, ob sie bei furtum eines fundus die condictio rei oder die condictio possessionis annehmen sollen. Zu den Bedenken, welche gegen das furtum eines fundus überhaupt auftreten[5]), kommen noch die Bedenken, ob hier eine condictio rei oder possessionis vorliege. Aus diesem Schwanken erklärt sich wohl am besten

Ulp. 2 D. 13, 3 (lib. 18 ad Sab.) Sed et ei, qui vi aliquem de fundo deiecit, posse fundum condici Sabinus scribit, et ita et Celsus, sed ita, si dominus sit qui

---

verworfen. In späterer Zeit scheint die Ansicht des Gaius durchgedrungen zu sein, vgl. § 7 J. 2, 6.

[1]) So auch Kipp, v. condictio in Pauly-Wissowa, Realencyclop. 855, 46. — [2]) a. a. O. 100 [3] — 102 [6]. Mit diesen Ausführungen ist auch beseitigt die Annahme von Voigt, Condictiones 330 [279], welcher in unserer Entscheidung eine condictio rei annimmt. Die Berufung auf die condictio bei Mobilien wäre zu trivial, wenn es sich lediglich um eine condictio rei handelte. — [3]) So auch Kipp a. a. O. 855, 43. Vgl. unten S. 185 [3]. — [4]) So auch Trampedach a. a. O. 102 [1]. — [5]) Vgl. oben Anm. 4.

deiectus condicat: ceterum si non sit, possessionem eum condicere Celsus ait.

Sabinus erkennt also sowohl ein furtum fundi an[1]), als auch gibt er aus solchem furtum die condictio furtiva rei (fundum condicere). Celsus schließt sich dem Sabinus darin an, daß er im furtum fundi und dementsprechend die condictio furtiva bei gewaltsamer Entsetzung aus einem Grundstück anerkennt. Die condictio fundi gibt dagegen Celsus nur dem dominus des Grundstücks; klagt der Nichteigentümer des Grundstücks, so stehe ihm nur die condictio possessionis zu.[2]) Stellen wir diese Entscheidung des Celsus mit der Entscheidung in 25 § 1 D. 47, 2 zusammen, so ergibt sich, daß dem Eigentümer des Grundstückes Celsus die condictio rei (2 D. 13, 3) gewährt, dagegen dem Nichteigentümer nur die condictio possessionis (2 D. 13, 3. 25 § 1 D. 47, 2).[3]) Einen Widerspruch möchten wir daher nicht in den beiden Entscheidungen annehmen.[4])

[1]) Gellius, N. A. XI 18 § 13 (oben S. 183 [6]). — [2]) Zustimmend Bekker, Besitz 287 [2]. — [3]) Wir beziehn mit Kipp a. a. O. 855, 43 das fr. 25 § 1 D. 47, 2 auf den Fall der condictio seitens des Nichteigentümers. Vgl. oben S. 184 [3]. Damit wahrte Celsus den Grundsatz, daß die condictio furtiva rei nur dem Eigentümer zustand. Vgl. auch Baron, Condictionen 29. 30. — [4]) Naber a. a. O. 106 behauptet zu Unrecht einen Widerspruch, den er durch Annahme einer Interpolation der Worte si non sit in 2 D. 13, 3 beseitigen will. Pflüger a. a. O. Z. d. S. St. XVIII 111 hält sogar den ganzen Schlußsatz ceterum si non sit — Celsus ait für interpoliert. Sprachliche Argumente gibt Pflüger für seine Interpolationsannahme nicht; im Gegenteil gesteht er, daß die Stelle „an sich tadellos erscheint". Dann dürfen wir aber nicht eine Interpolation annehmen. Vgl. oben S. 136. Man könnte einen Widerspruch sehn in Ulp. 14 § 16 D. 47, 2 und fragen, warum Ulpian in dieser Entscheidung dem Kommodatar, Mieter und Pfandgläubiger nicht die condictio possessionis gibt. Diese Frage regt an Voigt, Condictiones 330 [278]. Wir glauben, daß Ulpian 14 § 16 D. 47, 2 lediglich die condictio rei im Auge habe. Denn daß Ulpian die condictio possessionis anerkennt, folgt wohl aus 25 D. 47, 2 und 2 D. 13, 3. Andernfalls müßte man aus 14 § 16 D. 47, 2 folgern, daß Ulpian selbst der condictio possessionis abgeneigt war, und nur Celsus zitiert (25 pr. § 1 D. 47, 2 und 2 D. 13, 3), ohne dessen Meinung zu akzeptieren. Eine Interpolation der Worte pignoris nomine acceptae mit Voigt a. a. O. anzunehmen, ist durch nichts begründet; bringt uns auch in der angegebenen Schwierigkeit nicht weiter: denn es

Die Stellung des Celsus ist dieses hervorragenden Juristen würdig. Denn wenn es schon etwas gewagt ist, die condictio furtiva auf dare oportere überhaupt zuzugestehn[1]), so ließ sich dieser Standpunkt allenfalls halten, wenn es sich um die condictio des Eigentümers handelt. Macht aber der Nichteigentümer die condictio furtiva geltend, so ist es noch mißlicher, die condictio auf dare oportere eingreifen zu lassen; denn damit würde man den Nichteigentümer zum Eigentümer machen, während ihm doch nur das Recht zusteht, daß ihm der vom Diebe entzogene Besitz zurückgegeben werde. Man mußte, indem man dem Nichteigentümer die condictio furtiva zugestand, notgedrungen zur condictio possessionis gelangen.[2]) Jedoch scheint später die condictio furtiva possessionis auf Mobilien beschränkt gewesen zu sein, da die Ansicht des Sabinus und Celsus, welche ein furtum an Immobilien anerkannten, nicht allgemein durchdrang.[3]) Ja, selbst bezüglich der condictio ex causa furtiva bei Mobilien scheinen die römischen Juristen nicht einig gewesen zu sein, ob bei furtum, welches am Nichteigentümer begangen wurde, die condictio possessionis oder die condictio rei zustehe. Es kann dies nicht auffallen. Denn wir müssen doch annehmen, daß unter den römischen Juristen ebenso wie unter den heutigen Meinungsverschiedenheiten bestanden. Wir dürfen daher bei Meinungsverschiedenheiten nicht gleich, wie dies Pflüger tut, zu

bleibt dann immer noch die Frage, warum der Kommodatar und der Mieter nicht die condictio possessionis haben. Gegen den Kommodatar, welcher an der geliehenen Sache ein furtum usus begeht, steht die condictio zu. Pomp. 16 D. 13, 1 (unten § 23). Diese condictio ist sicherlich eine condictio rei. Vgl. Trampedach a. a. O. 112[2]. Wie wurde hier der Gegenstand der condictio bestimmt? Ohne arbitrium in iure kommen wir wohl nicht aus. Vgl. darüber unten § 17.

[1]) G. IV 4. — [2]) Damit ist auch sachlich die condictio possessionis gerechtfertigt. Dies gegen Pflüger a. a. O. Z. d. S.St. XVIII 106 fg., welcher die ganze condictio possessionis für interpoliert erklärt. Vgl. dagegen mit Recht H. Krüger, Z. d. S.St. 424. 425. Über die Berechtigung der condictio possessionis neben den Interdikten vgl. unten S. 191[4]. — [3]) Vgl. G. II 51 und 38 D. 41, 3, § 7 a. E. J. 2, 6. Vgl. auch Rein, Privatrecht und Zivilprozeß der Römer 738[2] und Trampedach a. a. O. 112[1].

der ultima ratio der Interpolationen greifen. Insbesondere scheint Papinian dem Nichteigentümer, welchem eine bewegliche Sache entwendet wurde, die condictio rei, nicht die condictio possessionis gegeben zu haben.

Ulp. 22 pr. D. 13, 7 Si pignore subrepto furti egerit creditor, totum, quidquid percepit, debito eum imputare Papinianus confitetur, et est verum, etiamsi culpa creditoris furtum factum sit. multo magis hoc erit dicendum in eo, quod ex condictione consecutus est. sed quod ipse debitor furti actione praestitit creditori vel condictione, an debito sit imputandum videamus: et quidem non oportere id ei restitui, quod ipse ex furti actione praestitit, peraeque relatum est et traditum, et ita Papinianus — ait.

Der erste Teil der Entscheidung handelt wohl von der fiducia.[1]) Dem Pfandgläubiger, der fiduziarischer Eigentümer ist, wird die Pfandsache gestohlen. Der Pfandgläubiger hat als Eigentümer die condictio furtiva rei und hat das mit der condictio Erzielte auf die Pfandschuld anzurechnen. Aus dieser Anrechnungspflicht ergibt sich, daß eine condictio rei vorliegt; denn der entzogene Besitz wäre doch der Schaden des Pfandgläubigers, und zur Anrechnung dieses auf Rechnung des Pfandschuldners könnte er nicht angehalten werden. Wenn Ulpian die Ansicht Papinians billigt mit der Ausdehnung etiamsi culpa creditoris furtum factum sit, so soll wohl damit zum Ausdruck kommen, daß der Pfandschuldner nicht bloß gegen den Pfandgläubiger mit Rücksicht auf dessen culpa die actio fiduciae auf Ersatz des Interesse hat, sondern sogar alles fordern kann, was der Pfandgläubiger auf Grund der actio furti bzw. condictio furtiva von dem Dieb erhalten hat. Hat dagegen der Pfandschuldner selbst das furtum (possessionis)[2]) an der Pfandsache gegenüber dem Pfandgläubiger vorgenommen, so fragt es sich, ob der Pfandschuldner das ex furti actione vel condictione an den Pfandgläubiger Geleistete auf seine Schuld anrechnen dürfe. Die Frage wird verneint bezüglich

[1]) Lenel, Paling. Papinian 168 [1], Trampedach a. a. O. 113 [2]. — [2]) Vgl. Rein a. a. O. 738 [2].

des ex furti actione Geleisteten.[1]) Aber schon die Stellung der Frage auch bezüglich des ex condictione Geleisteten spricht dafür, daß der Pfandschuldner nicht bloß den Besitz dem Pfandgläubiger zu restituieren hat, sondern sogar die res; daß also der Pfandgläubiger gegen den Pfandschuldner auf Grund dessen furtum possessionis nicht die condictio possessionis sondern die condictio rei hat. Denn den Besitz könnte der Pfandschuldner nicht auf seine Schuld anrechnen, da der zeitweise Besitzverlust auf seiten des Pfandgläubigers ausschließlich dessen Schaden ist. Man könnte noch die Frage aufwerfen, wie sich Ulpian zur Sache stellt. Wir haben gesehn[2]), daß Ulpian der Ansicht des Celsus (25 § 1 D. 47, 2 u. 2 D. 13, 3) zu folgen scheint, ohne aber ausdrücklich dies hervorzuheben. Nehmen wir dies nicht an, dann würde auch Ulpian mit Papinian zu den Gegnern der condictio possessionis ex causa furtiva zu rechnen sein, womit die Entscheidung Ulpians in 14 § 16 D. 47, 2[2]) im Einklange stände. Aber allerdings gibt Ulpian die condictio furtiva rei nur dem Eigentümer.[3]) Daher sprechen mehr Argumente dafür, daß Ulpian die condictio possessionis ex causa furtiva anerkannt habe.

So scheint in der Tat das Anwendungsgebiet der condictio possessionis ex causa furtiva kein großes gewesen zu sein. Papinian und vielleicht auch Ulpian geben selbst dem bestohlenen Nichteigentümer die condictio rei.

Neben der condictio possessionis ex causa furtiva ist bezeugt die condictio possessionis gegen den Prekaristen auf Herausgabe der precario besessenen Sache.

Iul. 19 § 2 D. 43, 26 Cum quid precario rogatum est, non solum interdicto uti possumus, sed et incerti condictione, id est praescriptis verbis.

Daß das incerti[4]) wie das id est praescriptis verbis[5]) interpoliert sind, dürfte unbestritten sein. Daß die condictio

---

[1]) Vgl. auch Pap. 80 D. 47, 2. — [2]) oben S. 185[4]. — [3]) Vgl. oben S. 183[2]. — [4]) Trampedach a. a. O. Z. d. S.St. XVII 143[2, 3]. Vgl. oben S. 45[4]. — [5]) Vgl. oben S. 94[1].

nicht für die actio incerti interpoliert ist, wie v. Mayr behauptet, haben wir bereits darzutun versucht.[1]) Pflüger[2]) behauptet, daß die ganze condictio interpoliert ist, so daß aus der Stelle sich nur ergebe, daß gegen den Prekaristen lediglich Interdikte zustehn.[3]) Die Interpolation ist aber sprachlich nicht erwiesen. Sachlich kann gegen die condictio nicht sprechen, daß vielfach als Rechtsmittel gegen den Prekaristen lediglich das Interdikt erwähnt wird.[4]) Aus unserem Fragmente ergibt sich, daß neben dem Interdikte die condictio possessionis gegen den Prekaristen anerkannt ist.[5]) Allerdings wohnt dieser condictio ein eigentümlicher Charakter bei, wie Trampedach[6]) mit Recht hervorhebt, als die condictio sich hier nicht sowohl auf die Bereicherung durch Besitz stützt, sondern auf die Veruntreuung, welche der Prekarist begangen hat. So ist es erklärlich, daß Brinz[7]) hier geradezu eine condictio furtiva annehmen will.

Des weiteren steht die condictio possessionis zu dem Nichteigentümer, welcher eine fremde Sache in Besitz gegeben hat.

> Paul. 15 § 1 D. 12, 6 Sed et si nummi alieni dati sint, condictio competet, ut vel possessio eorum reddatur: quemadmodum si falso existimans possessionem me tibi debere alicuius rei tradidissem, condicerem. sed et si possessionem tuam fecissem ita, ut tibi per longi temporis praescriptionem avocari non possit, etiam sic recte tecum per indebitam condictionem agerem.

Hat der Nichteigentümer den Besitz einer fremden Sache übertragen (das Eigentum kann er als Nichteigen-

---

[1]) Vgl. oben S. 98 fg. — [2]) a. a. O. Z. d. S.St. XVIII 109/110 oben, vgl. oben S. 99 [3], auch Kipp, v. condictio in Pauly-Wissowa, Realencyclop. 856, 13. — [3]) Pflüger a. a. O. 110 [4] glaubt, daß Julian geschrieben habe: non solum hoc interdicto sed et (interdictis) Uti possidetis et utrubi. Vgl. dagegen H. Krüger, Z. d. S.St. XXI 425. — [4]) z. B. Paul. 14 D. 43, 26 und Sent. V 6 § 10 (cf. Ulp. 17 pr. D. 19, 5), Ulp. 14 § 11 D. 47, 2. Vgl. Trampedach a. a. O. Z. d. S.St. XVII 105 [3] — 106 [3], H. Krüger, Z. d. S. St. XXI 425. — [5]) Zustimmend Trampedach a. a. O. 105 [4], v. Mayr a. a. O. Z. d. S.St. XXV 189 [5]. — [6]) a. a. O. 106 [1]. 111 unten. — [7]) Pandekten II [2] 508 [23]. Auch Pernice, Labeo III 210 [2, 3] neigt dazu.

die condictio possessionis ist, wie Randa[1]) zutreffend hervorhebt, nicht eine Klage, welche den Besitzesschutz verwirklicht, sondern eine obligatorische Klage, welche auf Herausgabe des Besitzes gerichtet ist.[2]) Daß Kondiktionsfälle und Interdiktenfälle sich berühren können, kann nicht auffallen.[3])

Der praktische Unterschied der condictio possessionis von der condictio rei liegt natürlich in der verschiedenen Bemessung des Gegenstandes der condictio. Bei der condictio rei bildet den Gegenstand die Sache selbst bzw. deren Wert, bei der condictio possessionis bildet den Gegenstand der Besitz bzw. dessen Wert.[4]) Freilich bestanden hierüber Meinungsverschiedenheiten, da manche Juristen den Wert des Besitzes mit dem Werte der Sache selbst identifizierten.[5]) Die Entwickelung schloß damit ab, daß der Wert des Besitzes bemessen wurde mit dem „Interesse“ des Klägers.[6])

Wir kommen nunmehr auf die prozessualische Behandlung der condictio possessionis und insbesondere auf die Frage, in welcher Weise der Gegenstand der condictio bestimmt wurde. War es Sache des Klägers, in der intentio anzugeben, daß er die Herausgabe des Besitzes der bestimmten Sache fordere? Bei den obligatorischen Klagen war eine solche spezialisierte Angabe des Klaganspruches nicht die Regel.

Geht man von dem Standpunkte aus, daß die condictio possessionis eine sog. condictio incerti sei, so müßte man konsequenterweise zu dem Schlusse kommen, daß die condictio possessionis eine Formel mit intentio incerta gehabt habe. Diesen Weg ist v. Savigny[7]) gegangen. Und be-

---

[1]) Besitz § 1 zu Anm. 10a und 10b. — [2]) Vgl. auch Kipp, v. condictio in Pauly-Wissowa, Realencyclop. 855, 38 fg.: „kraft der cond. poss. kann ohne Lösung der Eigentumsfrage ein unrechtfertig an den Gegner gelangter Besitz zurückgefordert werden.“ — [3]) Vgl. oben Bd. I 40. — [4]) arg. Pomp. Paul. 21 § 2 D. 4, 2, Paul. 6 D. 43, 16. Zustimmend Voigt, Condictiones 330 [278 a. E.], Bekker, Besitz 288, Kipp, v. condictio in Pauly-Wissowa, Realencyclop. 855, 58 fg. — [5]) Vgl. Trampedach a. a. O. Z. d. S.St. XVII 129—132 und unten S. 195 [8]. — [6]) Vgl. die weiteren Ausführungen im Text. — [7]) System V 605. 617. Vgl. oben S. 12 fg.

züglich der condictio incerti im allgemeinen betont neuestens Kipp[1]), daß mit Rücksicht auf G. IV 41. 50 fg.[2]) wir uns die Formel der condictio incerti nicht anders als mit einer unbestimmten intentio vorstellen dürfen. Bezüglich der condictio possessionis nimmt zwar Kipp die Formulierung mit unbestimmter intentio nicht an[3]), woraus er wiederum konsequent den Schluß zieht, daß die condictio possessionis eine sog. condictio incerti nicht gewesen sei.[4]) Wir glauben, und werden dies noch festzustellen haben[5]), daß in den Quellen weder für die condictio possessionis noch in den anderen Fällen der sog. condictio incerti eine Formel mit unbestimmter intentio genügende Stützen findet.[6]) Wie nun Kipp aus dieser Tatsache, welche er für die condictio possessionis annimmt, konsequenterweise den Schluß zieht, daß die condictio possessionis nicht eine sog. condictio incerti sei, so ziehn wir aus derselben Tatsache, welche wir für alle Fälle der sog. condictio incerti annehmen, den Schluß, daß es eine sog. condictio incerti im klassischen Rechte überhaupt nicht gegeben hat. Da aber die heute herrschende Ansicht die Meinung verwirft, wonach die sog. condictio incerti eine Formel mit unbestimmter intentio gehabt habe[7]), so wollen wir an dieser Stelle auf diese Meinung nicht eingehn, sondern dieselbe erst erörtern, wo wir die Formel der condictio behandeln.[8]) Auch wir stehn insofern auf dem Standpunkt der herrschenden Ansicht, als wir mit ihr die unbestimmte intentio bei der sog. condictio incerti verwerfen. Hier wollten wir nur auf die Inkonsequenz der herrschenden Ansicht hinweisen. Wir glauben, daß nur eine Alternative besteht. Entweder gibt es eine condictio incerti, und dann muß diese eine Formel mit unbestimmter intentio gehabt haben, wie Kipp[9]) zutreffend und allein konsequent hervorhebt. Oder die sog. condictio incerti hat nicht eine Formel mit unbe-

---

[1]) v. condictio in Pauly-Wissowa, Realencyclop. 857, 9 fg. — [2]) Vgl. G. IV 131. 136. 137 und oben S. 16 [7]. — [3]) a. a. O. 856, 3 fg. — [4]) a. a. O. 856, 11 fg. — [5]) unten § 18. — [6]) Dies nimmt auch die herrschende Ansicht an. Vgl. oben S. 17 [2]. — [7]) Vgl. oben S. 17. — [8]) unten § 18. — [9]) a. a. O. 857, 9 fg.

stimmter intentio gehabt, und dann gibt es eine sog. condictio incerti nicht. Eine condictio incerti mit intentio certa ist eine contradictio in adiecto. Denn condictio incerti kann nur heißen, daß wir eine condictio vor uns haben, bei welcher die intentio in unbestimmter Weise gefaßt ist, wie dies von der actio incerti gilt.[1]) Wollte man dagegen einwenden, daß das Charakteristische der condictio incerti sei, daß sie auf ein facere gerichtet ist, und nun aus dem Umstande, daß es eine condictio auf facere (condictiones possessionis, cautionis, obligationis etc.) gibt, auf die Existenz der condictio incerti schließen, so meinen wir, daß es falsch ist, condictio incerti und condictio auf facere zu verselbigen.[2]) Wir haben vielmehr beide Fragen zu trennen: Gibt es eine condictio incerti und gibt es eine condictio auf facere? Über diesen beiden Fragen steht dann unsere Hauptfrage: In welcher Weise wird der Gegenstand der condictio prozessualisch bestimmt?

Die herrschende Ansicht verwirft nun freilich mit uns eine unbestimmte intentio bei der condictio possessionis, wie bei der sog. condictio incerti überhaupt.[3]) Die herrschende Ansicht nimmt an, daß bei der condictio possessionis der Gegenstand der condictio d. h. der Besitz einer bestimmten Sache in der intentio der Formel angegeben war, und daß demnach die intentio der Formel lautete

Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio possessionem illius rei tradere oportere.[4])

---

[1]) In berechtigter Weise fragt daher v. Mayr a. a. O. Z. d. S.St. XXV 209 [4], „woher eine Klage mit intentio certa die Berechtigung schöpft, condictio incerti genannt zu werden". Wenn Karlowa, Röm. Rechtsgesch. II 709 unten bemerkt, daß das facere stets ein incertum vorstelle, so ist zu erwidern, daß dies zur Charakterisierung der condemnatio (G. IV 50. 51) begründet sein würde, nicht aber zur Charakterisierung der intentio. Über die stipulationes incertae auf facere vgl. oben S. 70 fg. — [2]) Dessen scheint sich schon Pernice, Labeo III 210 [2, 3] bewußt geworden zu sein, da er es als „fraglich" bezeichnet, „ob alle Kondiktionen auf ein Tun, z. B. auf Erlaß, wirklich incertae sind". Vgl. im übrigen die Ausführungen oben S. 64 fg. — [3]) Vgl. oben S. 17 [2]. — [4]) Vgl. unten die weiteren Ausführungen.

Daraus aber, daß die intentio auf tradere oportere, also auf ein facere oportere, geht, schließt die herrschende Ansicht, daß wir die sog. condictio incerti vor uns haben. Denn die condictio auf certum habe eine intentio mit 'dare oportere'. Unterscheide sich aber die condictio possessionis von der condictio auf certum dadurch, daß die letztere auf dare oportere geht, dagegen die erstere auf facere oportere; gebe es weiter wenigstens materiell eine condictio certi und eine condictio incerti[1]), so bleibe nichts übrig, als die condictio auf dare oportere als condictio certi zu bezeichnen, die condictio auf facere oportere dagegen als condictio incerti. Wir haben schon hervorgehoben, daß dies eine Inkonsequenz ist, da eine condictio incerti nur eine condictio mit unbestimmter intentio sein kann.[2]) Es ist daher gerechtfertigt, wenn Trampedach[3]) und v. Mayr[4]) eine andere Lösung der Schwierigkeiten suchen. Beide Autoren nehmen an, daß die condictio possessionis auf dare oportere gehe.[5]) Freilich heiße 'dare oportere' ‚zum Eigentümer machen'[6]), und diese Bedeutung passe natürlich nicht für die condictio possessionis, da von dem Beklagten nicht Eigentumsverschaffung sondern Besitzübertragung gefordert werde. Aber die Bedeutung des 'dare oportere' sei ‚gedehnt' worden. Es werde die Ausdrucksweise 'dare oportere' auch in solchen Fällen gebraucht, wo der Beklagte nicht zur Eigentumsverschaffung verpflichtet ist. Analog sei daher auch das 'certum' ‚gedehnt' worden, indem die Fälle der sog. condictio incerti prozessualisch wie die Fälle der condictio certae rei behandelt wurden.[7]) Trampedach sucht seine Auffassung noch dadurch zu stützen, daß er darauf hinweist, Servius habe den Wert des Besitzes dem Werte der Sache selbst gleichgestellt.[8]) So erscheine der Beklagte zu einem dare oportere verpflichtet nicht bezüglich des Besitzes sondern bezüglich der Schät-

---

[1]) Vgl. oben S. 16[4]. — [2]) Vgl. oben S. 193. — [3]) a. a. O. Z. d. S.St. XVII 129 fg. — [4]) a. a. O. Z. d. S.St. XXV 196[1–3]. 198[5]—199[2]. — [5]) Trampedach a. a. O. 131. 132 oben, v. Mayr a. a. O. 196[1–4]. Vgl. auch Pflüger a. a. O. Z. d. S.St. XVIII 112. — [6]) G. IV, 4. Vgl. unten § 21. — [7]) Vgl. oben S. 18 fg. 79 fg. — [8]) bei Ulp. 3 § 11 D. 43, 17. Vgl. unten S. 209 fg.

zung des Besitzes, welche mit der Schätzung der Sache selbst zusammenfalle. So habe Celsus unter dem Einflusse jener Servianischen Schätzungsweise „nicht die possessio als solche als ein certum betrachtet, sondern nur die Ästimatio des Besitzes, zum Zwecke der Verfolgung desselben per formulam condictionis".[1]) Trampedach meint also, daß die condictio possessionis auf den Besitz mit der Intention 'dare oportere' gerichtet war, daß sie aber dennoch als condictio auf certum galt, weil die Schätzung des Besitzes nicht nach dem Besitz-, sondern nach dem Sachwerte bemessen wurde.

Es ist nun zwar zugunsten der Auffassung bei Trampedach, welcher sich jetzt v. Mayr[2]) teilweise d. h. mit Ausnahme der condictio obligationis[3]) anschließt, so viel zuzugeben, daß allerdings die römischen Juristen von 'dare oportere' auch in solchen Fällen sprechen, in denen der Beklagte nicht zur ‚Eigentumsverschaffung' verpflichtet wird. So heißt es dare von den Dienstleistungen (operae) des Freigelassenen[4]), vom usus fructus[5]), von Servituten[6]), von habitatio[7]), von der cautio.[8]) Daß man in diesen Fällen nicht an die condictio triticaria denken dürfe,

---

[1]) Trampedach a. a. O. 129. 130 [1]. — [2]) a. a. O. Z. d. S.St. XXV 198 [2]. — [3]) Vgl. oben S. 88 [6]. — [4]) Cels. bei Ulp. 15 § 1 D. 38, 1 si — libertus — operas mille daturum se iuraverit, Iul. 24 D. 38, 1 operas tuas pictorias centum hodie dare spondes?, Paul. 6 § 1 D. 37, 14 in potestate liberti est operas dare. Vgl. Pernice, Labeo III 85 [2], Trampedach a. a. O. 128 [1], v. Mayr a. a. O. Z. d. S.St. XXV 199 [3]. — [5]) Gaius 3 pr. D. 7, 1 heres iubeatur dare alicui usum fructum, Pap. 95 § 6 D. 46, 3, Paul. 30 § 5 D. 12, 2 (si iuravero usum fructum mihi dari oportere), Ulp. 11 § 2 D. 12, 2 si iuravero usum fructum — vel meum esse vel dari mihi oportere. sed si — iuraverit usum fructum se habere vel sibi deberi. Es wird also usum fructum dare oportere synonym gebraucht mit usum fructum deberi. Vgl. Trampedach a. a. O. 128 [2], v. Mayr a. a. O. Z. d. S.St. XXV 199 [3]. — [6]) Paul. 19 D. 8, 3 si omnes stipulentur [sc. iter ad communem fundum] — singuli ex sociis sibi dari oportere petere possunt, Paul. 136 § 1 D. 45, 1. Vgl. Pernice, Labeo III 209 [6], Trampedach a. a. O. 128 [2]. — [7]) Paul. 65 § 7 D. 12, 6 habitatione data pecuniam condicam. Vgl. Pernice, Labeo III 209 [5]. — [8]) Ulp. 5 pr. D. 5, 3 etsi non talis data sit satisdatio, sed solita cautio, Paul. 73 D. 46, 1 Cum procurator in rem agebat, cautionem dederat ratam rem dominum habiturum.

hat Baron[1]) dargetan. Von dare possessionem hören wir dagegen in den Quellen nicht, wie Trampedach[2]) zugesteht. Unter diesen Umständen muß es fraglich erscheinen, ob der von Trampedach und v. Mayr gewiesene Weg, wonach die condictio possessionis auf possessionem dare oportere geht, der richtige ist.

Wir akzeptieren von der Auffassung bei Trampedach und v. Mayr so viel, daß auch wir die condictio possessionis für eine condictio auf certum halten. Wir leugnen überhaupt die Existenz der sog. condictio incerti, und zwar nicht nur formell (insofern, als der Zusatz incerti interpoliert ist)[3]), sondern auch materiell.[4]) Aber wir glauben nicht, daß die condictio possessionis eine condictio auf certum ist deshalb, weil, wie Trampedach und v. Mayr annehmen, das certum und dementsprechend auch das 'dare oportere' der Formel ‚gedehnt' wurde, sondern deshalb, weil das facere oportere ebenso als certum galt, wie das dare oportere. Damit übernehmen wir freilich die Aufgabe, auf andere Weise zu erklären, wie man in nachklassischer Zeit auf die Bezeichnung condictio 'incerti' gekommen ist. Die Untersuchungen über diese Fragen werden uns auch einen Anhalt für die Beantwortung unserer Hauptfrage geben: In welcher Weise wurde prozessualisch der Gegenstand der condictio bestimmt?

Wir haben auf zwei Punkte unsere Aufmerksamkeit zu richten. Einmal haben wir uns daran zu erinnern, daß nach der ständigen Ausdrucksweise der römischen Juristen die condictio als eine Klage gilt, welche auf den Gegenstand des Klaganspruches direkt gerichtet ist. Es wird wiederholt betont, daß keineswegs die condictio eine Klage ist, welche in der intentio etwa allgemein den Tatbestand angebe und die Bestimmung des Gegen-

---

[1]) Condictionen 114 fg. Vgl. oben S. 48 [7]. — [2]) a. a. O. 132 oben. Ja, man muß sagen, daß possessionem dare sogar quellenwidrig ist. Sehr scharf scheidet Pap. 4 pr. D. 22, 1 Si stipulatus sis rem dari vacuamque possessionem tradi. Ebenso Paul. 28 D. 45, 1 Si rem tradi stipulamur, non intellegimus proprietatem eius dari stipulatori [Mo.: stipulari?], sed tantum tradi. — [3]) Vgl. oben S. 45 [3–6]. — [4]) Vgl. oben S. 16 [4].

standes der Klage mit einer Formulierung quidquid ob eam rem N$^{m}$ N$^{m}$ A$^{o}$ A$^{o}$ dare facere oportet dem iudex überlasse. Auf das bestimmteste ist dieser Charakter der condictio hervorgehoben bei

G. IV 33 sive enim pecuniam sive rem aliquam certam debitam nobis petamus, *eam ipsam* 'dari nobis oportere' intendimus rel.[1])

Man darf hiergegen nicht einwenden, daß bei Gaius von der *condictio certae pecuniae* und *certae rei* die Rede ist. Denn auch bei der *condictio obligationis* ist dieselbe Ausdrucksweise bezeugt.

Ulp. 1 pr. D. 12, 7 qui autem promisit sine causa, condicere quantitatem non potest quam non dedit, sed *ipsam obligationem*.

Hat A dem B sine causa versprochen, einen Sklaven zu leisten, so könnte man meinen, daß A von B jetzt den Sklaven kondizieren könne. Denn der Sklave ist der Gegenstand der Obligation. Dagegen tritt *Ulpian* auf. Es könne nur das kondiziert werden, was die Vermögensvermehrung auf seiten des Beklagten ausmache. Das Vermögen des Beklagten sei aber nicht vermehrt worden durch einen Sklaven, sondern dadurch, daß der B eine Forderung auf Leistung des Sklaven erworben habe. Daher könne auch nur die Forderung kondiziert werden. *Ulpian* hebt nun weiter hervor, daß der Kläger nicht allgemein einen Anspruch zu erheben habe, und die Feststellung des Gegenstandes des Anspruches etwa auf Grund einer Formelfassung quidquid ob eam rem N$^{m}$ N$^{m}$ A$^{o}$ A$^{o}$ dare facere oportet dem iudex überlassen bleibe, sondern daß der Gegenstand der condictio in der intentio selbst in ganz bestimmter Weise anzugeben sei (ipsam obligationem condicere). *Bezüglich dieses ersten Punktes gewinnen wir somit das Resultat, daß in der intentio der condictio possessionis der Gegenstand der condictio in ganz bestimmter Weise angegeben werden muß.*[2]) Es ergibt sich zugleich schon

[1]) Weitere Belege oben S. 16. — [2]) Vgl. *Lenel*, Édit I 178, auch oben S. 17.

aus unserem Ulpianischen Fragment (1 pr. D. 12, 7), daß der Gegenstand der condictio nicht nur das dare einer certa pecunia oder einer certa res sein kann, sondern auch ein facere, nämlich die Quittierung einer Obligation.

Der zweite Punkt aber, auf den wir unsere Aufmerksamkeit zu richten haben, betrifft die indirekte Ausdrucksweise, welche für die condictio charakteristisch ist, besonders häufig aber in den Fällen der sog. condictio incerti vorkommt. Es heißt condictio competet ut possessio reddatur [1], condicere ut promissione liberetur [2], condicere ut iter mihi concedatur [3], condicere ut servitus imponatur [4], condicere ut cautio interponatur.[5] Auf die indirekte Ausdrucksweise bei der sog. condictio incerti ist bereits in der Literatur hingewiesen worden. Insbesondere Lenel [6]) schloß aus der indirekten Ausdrucksweise, daß diese darauf hinweise, daß die condictio „ein Mittel war, den Kläger zu dem gewünschten Ziele zu führen". Freilich folgerte damals Lenel daraus weiter, daß die intentio der sog. condictio incerti eine unbestimmte war und die Fassung hatte quidquid ob eam rem $N^m$ $N^m$ $A^o$ $A^o$ dare facere oportet. Von dieser letzteren Schlußfolgerung ist neuestens Lenel [7] zurückgekommen, indem er heute mit der herrschenden Ansicht sich gegen eine unbestimmte intentio in der Kondiktionsformel ausspricht.[8] Lenel will heute der angegebenen indirekten Ausdrucksweise überhaupt nicht mehr eine entscheidende Bedeutung beimessen. Die indirekte Ausdrucksweise komme teilweise in Stellen vor, welche der Interpolation dringend verdächtig sind.[9] Sodann lasse sich die indirekte Ausdrucksweise auch damit erklären, daß die Fälle der condictio incerti nur allmählich und mit Widerstreben anerkannt worden seien. Wir glauben, daß

---

[1]) Paul. 15 § 1 D. 12, 6. — [2]) Iul. 46 pr. D. 23, 3. Vgl. Iul. 3 D. 12, 7 und 2 § 3 D. 39, 5, Iul. bei Ulp. 7 pr. D. 44, 4, Pomp. bei Paul. 5 § 1 D. 19, 1, Paul. 5 § 5 D. 44, 4, 4 C. 4, 6 a. 259, 15 pr. C. 8, 40 a. 239. Hierher gehört auch Tryph. 76 pr. D. 23, 3 remittere obligationem per condictionem. — [3]) Pomp. 22 § 1 D. 12, 6. — [4]) Paul. 8 pr. D. 19, 1, Marcian 35 D. 8, 2. — [5]) Pomp. bei Ulp. 3 § 10 D. 35, 3. — [6]) Ed. perp. 122 [4]. — [7]) Édit I 178. 179. — [8]) Vgl. oben S. 17 [2]. — [9]) a. a. O. 179 [2].

dieser Rückzug Lenels nur zum Teil begründet ist. Wir stimmen Lenel darin bei, daß eine intentio incerta aus jener indirekten Ausdrucksweise nicht gefolgert werden dürfe.[1]) Aber wir glauben, daß die indirekte Ausdrucksweise nicht ignoriert werden dürfe. Wir wollen daher der indirekten Ausdrucksweise eine eingehende Erörterung zuwenden. Dabei müssen wir in unseren Untersuchungen vorgreifen, und können uns nicht bloß auf die sog. condictio incerti beschränken. Es ist dies gerechtfertigt dadurch, daß gerade die indirekte Ausdrucksweise uns zur Formulierung unserer Auffassung über die prozessualische Bestimmung des Gegenstandes der condictio hinführt. Eine abgesonderte Erörterung über die indirekte Ausdrucksweise an der Stelle, wo wir schon die Argumente für unsere endgültige Auffassung vortragen, würde uns zu Wiederholungen zwingen, da die indirekte Ausdrucksweise besonders häufig in den Fällen der sog. condictio incerti ist.

Die indirekte Ausdrucksweise kommt nun nicht nur in den Fällen der sog. condictio incerti vor, sondern auch bei der condictio certae pecuniae und certae rei.

Pap. 7 D. 19, 5 condicam tibi, ut decem reddas.

Paul. 65 § 3 D. 12, 6 agere per condictionem — possum, ut repetam quod dedi.

Paul. 5 § 5 D. 44, 4 condictione tenetur debitor — ut vel liberet debitorem vel, si solvit, ut pecunia ei reddatur.

Aber die indirekte Ausdrucksweise kommt auch sonst, und nicht nur bei der condictio certi und der sog. condictio incerti, vor. Der Sinn, welcher ihr in den sonstigen

---

[1]) Im Gegensatz dazu hält jetzt v. Mayr a. a. O. Z. d. S.St. XXV 212 oben diese Schlußfolgerung aufrecht, um seine These durchzuführen, daß in einigen Fällen der sog. condictio incerti die Formel der condictio incerti mit der Formel der actio incerti identisch gewesen sei, woraus v. Mayr weiter schließt, daß in diesen Fällen die condictio incerti an die Stelle der klassischen actio incerti interpoliert worden ist. Vgl. oben S. 97 [4].

Fällen zukommt, muß dann auch Aufschluß geben über die Bedeutung der indirekten Ausdrucksweise in den Fällen der condictio. Die indirekte Ausdrucksweise kommt z. B. bei der Kaufklage vor.

Nerat. bei Ulp. 11 § 8 D. 19, 1 etiamsi alienum servum vendideris — ex empto actionem esse, ut habere licere emptori caveatur, sed et ut tradatur ei possessio.[1]

Iul. bei Ulp. 11 § 6 D. 19, 1 Is qui vina emit arrae nomine certam summam dedit: postea convenerat, ut emptio irrita fieret. Iulianus ex empto agi posse ait, ut arra restituatur, utilemque esse actionem ex empto etiam ad distrahendam, inquit, emptionem.[2]

Iul. bei Ulp. 13 § 5 D. 19, 1 competere actionem ex vendito in tantum, quanto pluris hereditas valeret[3] rel.

Iul. 19 D. 18, 4 ex empto vendito agere potero, ut acceptum ei facias.[4]

Pomp. 9 D. 19, 1 Si is, qui lapides ex fundo emerit, tollere eos nolit, ex vendito agi cum eo potest, ut eos tollat.

Pomp. 6 § 1 D. ib. Si vendidi tibi insulam certa pecunia et ut aliam insulam meam reficeres, agam ex vendito, ut reficias:

§ 2 D. ib. si aream tibi vendidi certo pretio et tradidi, ita ut insula aedificata partem dimidiam mihi retradas, verum est et ut aedifices agere me posse ex vendito et ut aedificatam mihi retradas:

Scaev. 52 pr. D. 19, 1 posse emptorem empti iudicio consequi, ut instrumenta de quibus quaereretur exhibeantur.

---

[1]) Vgl. Paul. 15 § 1 D. 12, 6 condictio competet ut possessio reddatur. — [2]) Vgl. Paul. 5 § 5 D. 44, 4 condictione tenetur — ut pecunia ei reddatur. — [3]) Vgl. Cels. bei Ulp. 26 § 12 D. 12, 6 posse condici, quanti operas essem conducturus, Paul. 65 § 7 D. 12, 6 condicam — quanti tu conducturus fuisses. — [4]) Vgl. Iul. 2 § 3 D. 39, 5 condictione stipulatorem compellam, ut mihi acceptum faciat stipulationem.

§ 1 quaesitum est, an filius — actione ex empto teneatur, ut a creditore lueret et marito liberum [sc. praedium] praestaret.

Paul. 8 § 1 D. 19, 1 Quod si servum praedium in traditione fecero, quod liberum tibi tradere debui, tu ex empto habebis actionem remittendae eius servitutis gratia, quam pati non debeas.[1])

Ulp. 13 § 4 D. 19, 1 empti eum iudicio teneri, ut praestaret emptori, quanto pluris servum emisset rel.

Ulp. 13 § 23 D. 19, 1 si convenerit, cum res veniret, ut locuples ab emptore reus detur, ex vendito agi posse, ut id fiat.

Nicht minder häufig wie bei der Kaufklage kommt die indirekte Ausdrucksweise vor bei der Mietklage.

Alfen. 30 § 1 D. 19, 2 posse agi — ex conducto, ut — pecuniae contributio fieret.

Labeo bei Ulp. 19 § 4 D. 19, 2 Si inquilinus ostium — aedificio adiecerit — competere ex conducto actionem, ut ei tollere liceat.

Iul. 10 D. 19, 2 ex conducto recte agam vel in hoc, ut me liberes.[2])

Iul. bei Ulp. 15 § 9 D. 19, 2 ex locato agetur, ut quis locatione liberetur.

Afric. 33 D. 19, 2 teneri te actione ex conducto, ut mihi frui liceat —.

Pomp. bei Ulp. 9 pr. D. 19, 2 eum teneri ex conducto — ut ei praestetur frui — licere.

Marcell. bei Ulp. 9 § 1 D. 19, 2 heredem eius non teneri, ut frui praestet — sed an ex locato teneatur conductor, ut pro rata temporis — pensionem praestet rel.

---

[1]) Pomp. bei Ulp. 3 § 10 D. 35, 3 condictionem interponendae satisdationis gratia competere, Paul. 8 pr. D. 19, 1 condictio incerti competit, ut patiaris servitutem imponi. — [2]) Vgl. Iul. bei Ulp. 7 pr. D. 44, 4 condictio mihi competit, ut me liberet.

Ulp. 11 § 3 D. 19, 2 ex locato tenetur, ut locatori possessionem vini sine controversia reddat.

Ebenso ist bei der actio incerti die indirekte Ausdrucksweise üblich[1]), worauf v. Mayr[2]) aufmerksam macht. Da könnte man auf den Gedanken kommen, als ob die indirekte Ausdrucksweise nur bei den Klagen mit unbestimmter intentio üblich sei. Und in der Tat ist bei diesen Klagen die indirekte Ausdrucksweise am meisten vertreten.[3]) Daß aber die indirekte Ausdrucksweise nicht ausschließlich bei den Klagen mit unbestimmter intentio vorkommt, wird durch das Vorhandensein dieser Ausdrucksweise bei der condictio certae pecuniae und certae rei erwiesen.[4])

Wir haben absichtlich die Belege für das Vorkommen der indirekten Ausdrucksweise gehäuft, um darzutun, daß diese Ausdrucksweise keineswegs eine Besonderheit bei der condictio ist.[5]) Damit dürfte denn auch der Verdacht der Interpolation dieser indirekten Ausdrucksweise bei der condictio, welchen kein Geringerer als Lenel[6]) ausspricht, wohl als unbegründet erwiesen sein. Kommt nun die indirekte Ausdrucksweise so häufig vor, so haben wir zu untersuchen, welche Bedeutung dieser indirekten Ausdrucksweise zukommt. Wir wollen die Untersuchung an einem Beispiele, nämlich an der Kaufklage, durchführen.

Was bedeutet die indirekte Ausdrucksweise bei der Kaufklage? Doch offenbar werden mit der indirekten Ausdrucksweise die Ansprüche bezeichnet, welche der

---

[1]) Marcell. 38 § 1 D. 17, 1, Ulp. 3 § 3 D. 34, 3 (actio incerti ex testamento. Vgl. Lenel, Édit II 97 [2]). — [2]) a. a. O. Z. d. S.St. XXV 210 [1]. Vgl. oben S. 200 [1]. — [3]) Außer in den schon erwähnten Fällen (Kaufklage, Mietklage) ist die indirekte Ausdrucksweise auch sonst bei unbestimmter intentio vielfach bezeugt. Nur beispielsweise geben wir an für die Mandatsklage Iul. bei Ulp. 8 § 5 D. 17, 1, Ulp. 10 § 6 D. ib., Mela bei Paul. 22 § 9 D. ib., für die Sozietätsklage Ulp. 52 pr. D. 17, 2, für die Kommodatsklage Labeo bei Ulp. 5 § 12 D. 13, 6. — [4]) Vgl. oben S. 200. — [5]) Die Parallelstellen der indirekten Ausdrucksweise bei der condictio, welche wir in Anmerkungen gegeben haben, beweisen, daß die Ausdrucksweise selbst in speziellen Einzelheiten dieselbe ist. — [6]) Édit I 179 [2].

Kläger gegen den Beklagten hat, und zwar nicht etwa allgemein, sondern spezialisiert nach Inhalt und Umfang. Der Gegenstand des klägerischen Anspruches wird mit der indirekten Ausdrucksweise angegeben. Wenn es heißt bei

> Pomp. 9 D. 19, 1 Si is, qui lapides ex fundo emerit, tollere eos nolit, ex vendito agi cum eo potest, ut eos tollat.

so ist in dem Satze mit der indirekten Ausdrucksweise (ut eos tollat) der Anspruch des Klägers in spezialisierter Weise angegeben. Es ist dies eine Folge der unbestimmten intentio und zugleich eine Folge des bonae fidei-Charakters der Kaufklage. In der intentio ist nur der Rechtsgrund für den Anspruch des Klägers gegeben, der Gegenstand des Anspruches wird durch das officium iudicis bestimmt. Es handelt sich um das quid veniat in iudicium im Gegensatz zu dem an est actio.[1]) Warum wird nun der Anspruch des Klägers, wie er nach Inhalt und Umfang durch officium iudicis festgestellt wird, in indirekter Ausdrucksweise angegeben? Offenbar, weil der Anspruch nicht unmittelbar in der intentio der Klagformel angegeben ist. Die intentio lautet ja unbestimmt: quidquid ob eam rem etc. Der Gegenstand des klägerischen Anspruches wird erst durch ein Verfahren, nämlich durch das iudicium des iudex bestimmt.

Man könnte nun aus dem Vorkommen der indirekten Ausdrucksweise bei der Kaufklage und bei der condictio schließen wollen, daß die indirekte Ausdrucksweise mit der unbestimmten intentio bei der Kaufklage zusammenhänge, woraus dann eine unbestimmte intentio auch für die condictio folgen würde.[2]) Nun sprechen aber alle

---

[1]) Vgl. unten § 22. — [2]) Dies hebt hervor v. Mayr a. a. O. Z. d. S. St. XXV 210[1] unter Hinweis darauf, daß die indirekte Ausdrucksweise auch bei der actio incerti vorkomme. Jedoch schließt v. Mayr nicht daraus auf eine unbestimmte intentio bei der sog. condictio incerti, vielmehr betont er S. 228[4]: „die intentio incerta scheint aber nun einmal für die condictio nicht annehmbar". Jedoch erblickt v. Mayr in der indirekten Ausdrucksweise sowohl bei der actio incerti wie bei der sog. condictio incerti eine Stütze für seine Auffassung,

unsere Kenntnisse von der condictio entschieden gegen eine unbestimmte intentio, selbst in den Fällen der sog. condictio incerti.[1]) Die herrschende Ansicht hat sich daher mit Recht entschieden gegen die Annahme einer unbestimmten intentio bei der condictio ausgesprochen.[2])

Wir haben als ersten Punkt dieser Untersuchung bereits hervorgehoben[3]), daß die condictio direkt auf den Gegenstand des klägerischen Anspruches gerichtet ist. Ist dies aber der Fall, dann muß der Gegenstand des klägerischen Anspruches schon im Augenblick der Litiskontestation nach Inhalt und Umfang in ganz bestimmter Form vorliegen, und zwar sowohl in den Fällen der sog. condictio certi wie in den Fällen der sog. condictio incerti. Wie ist nun damit die indirekte Ausdrucksweise zu vereinigen, welche zweifellos auf eine Bestimmung des klägerischen Anspruches im iudicium hinweist? Wir meinen, daß mit der indirekten Ausdrucksweise allerdings erwiesen ist, daß der Anspruch des Kondiktionsklägers in einem Verfahren festgestellt wird. Aber nicht notwendig ist, daß dies Verfahren das iudicium sei. Da der Anspruch des Kondiktionsklägers nun schon im Augenblick der Litiskontestation in bestimmter Form vorliegen muß, da andererseits der Anspruch erst durch ein Verfahren festgestellt werden muß, so bleibt nichts anderes übrig, als ein Verfahren in iure anzunehmen, in welchem diese Feststellung des klägerischen Anspruches erfolgt. Und dies behaupten wir. Allerdings geben wir in dem Vorstehenden nur einen sog. indirekten Beweis für unsere Behauptung. Aber wir glauben genügend Argumente noch in den weiteren Untersuchungen finden zu können, welche in ihrer Gesamtheit den

---

daß die condictio incerti der Kompilatoren wenigstens in einigen Fällen (cond. cautionis und obligationis) die klassische actio incerti verdrängt habe. Vgl. oben S. 97 fg.

[1]) Zustimmend Lenel, Édit I 178. 179, v. Mayr a. a. O. Z. d. S.St. XXV 228[4] (oben S. 204[2]). Vgl. unten § 18. — [2]) Vgl. oben S. 17[2]. — [3]) oben S. 197.

indirekten Beweis als durchschlagend hinstellen müssen. Soweit es möglich ist, einen direkten Beweis zu geben, kommen wir auf unsere These im Zusammenhang zurück.[1])

Damit haben wir aber das Resultat für unsere Hauptfrage[2]) gewonnen. Der Gegenstand der condictio wird durch ein Zwischenverfahren (arbitrium) in iure festgestellt. Gegenstand der condictio ist nicht die vom Beklagten empfangene Vermögensvermehrung, wie die herrschende Ansicht annimmt[3]), auch nicht die vom Kläger unter Selbstschätzung und unter Gefahr der plus petitio selbst angegebene Geldsumme oder Sache, wie Baron meint[4]), sondern Gegenstand der condictio ist das, was durch ein arbitrium in iure als Gegenstand der condictio festgestellt worden ist.

Wir haben aber bereits angegeben[5]), daß wir bei der Untersuchung der Fälle der sog. condictio incerti mehrere Fragen zu trennen haben. Unsere Hauptfrage dreht sich darum, in welcher Weise der Gegenstand der condictio überhaupt bestimmt wird. Findet Selbstschätzung statt oder findet unter Annahme einer intentio incerta die Feststellung des Gegenstandes durch officium iudicis statt? Auf diese Hauptfrage haben wir unsere Antwort bereits gegeben.[6]) Sodann aber handelt es sich um die Frage, ob die condictio auf ein facere oportere gerichtet sein kann, und endlich um die Frage, ob die condictio auf ein incertum gehn kann.[7])

Was nun die Frage betrifft, ob die condictio auf ein facere oportere gehn kann, so stellt sich nach unseren bisherigen Untersuchungen die Sache folgendermaßen dar. Im arbitrium in iure wird der Gegenstand der condictio festgestellt, und nun auf diesen Gegenstand die condictio gerichtet d. h. die Litiskontestation vollzogen. Es ist nun klar, daß das Resultat des arbitrium in iure lauten kann, daß Kläger die condictio auf den Be-

[1]) Unten § 17. — [2]) Vgl. oben S. 194. — [3]) Vgl. oben S. 1 [1]. 8 [1]. — [4]) Vgl. oben S. 27fg. und unten § 17, I. — [5]) oben S. 194. — [6]) oben S. 205. — [7]) Vgl. oben S. 194.

sitz zu richten habe. Dann würde die Formel lauten Si paret N^m N^m A^o A^o possessionem tradere oportere. Aber man könnte auch annehmen, daß im arbitrium in iure sogleich die Schätzung des Besitzes auf eine Geldsumme erfolgte, und nunmehr die condictio auf diese Geldsumme gestellt wurde. Damit würde eine nochmalige Schätzung in iudicio auf Grund des quanti ea res est der Formel erspart werden. Es schließt sich daran eine wichtige praktische Folge. Im iudicium condictionis war bekanntlich das iuramentum in litem nicht zugelassen.[1]) Unter Umständen mußte dem Kläger daran liegen, den Besitz und nicht bloß den objektiven Sachwert des Besitzes zu erlangen.[2]) Fand aber im arbitrium in iure die Abschätzung des Besitzes statt, so konnte das iuramentum in litem zugelassen werden und so dem Kläger geholfen sein. Bei dieser Abschätzung des Besitzes im arbitrium in iure konnte mit Hilfe des iuramentum in litem das „Interesse" des Klägers in Anschlag kommen. Denn daß das iuramentum in litem das „Interesse" umfassen konnte, ist bezeugt.[3]) Es war also ein Mittel gegeben, auf Grund der condictio dem Kläger das „Interesse" zuzusprechen. Nur erfolgte die Schätzung des Interesses nicht im iudicium, sondern im arbitrium in iure. Im iudicium konnte dem Kläger das Interesse nicht zugesprochen werden. Dies würde dem Charakter der condictio als einer Klage, welche auf einen bestimmten Gegenstand gerichtet ist, widersprechen. Denn ist in der intentio der Klage der Gegenstand des Anspruches in bestimmter Weise angegeben, so kann der Beklagte (wir sprechen nur von persönlichen Klagen) nur auf den Sachwert des Gegenstandes, nicht auf das Interesse verurteilt werden.[4]) Darauf, daß mitunter der

---

[1]) Ulp. 3, Marcian 5 § 4, Paul. 6 D. 12, 3. Zustimmend Pernice, Labeo II [2], 2 S. 104 [1]. Vgl. Hefke, Taxatio im römischen Recht (1879) S. 117 fg. — [2]) Vgl. Paul. 6 D. 43, 16. — [3]) Callistr. 10 D. 12, 3 actori permittitur in litem iurare, quanti sua interest ea proferri, ut tanti condemnetur reus: idque etiam divus Commodus rescripsit. Ulp. 7 pr. D. 26, 7 teneatur in id quod pupilli interest, quod ex iureiurando in litem aestimatur. — [4]) Die actio certi ex testamento geht daher nur auf den Sachwert, nicht auf das Interesse. Iul. 82

Sachwert des Gegenstandes mit dem Interesse identisch ist, kommen wir sogleich zu sprechen. Ist dagegen das Interesse des Klägers im arbitrium in iure festgestellt, so wird nunmehr die condictio auf diese Schätzungssumme als condictio certae pecuniae gerichtet. Dem Charakter der condictio, wonach diese grundsätzlich nur auf res ipsa (G. IV 33) gehn kann, wird also durch diese „Interesseleistung“ nicht widersprochen.

Wir glauben in der Tat, daß es sowohl zulässig war, die condictio auf den Besitz zu richten mit der Formel Si paret N^m N^m A^o A^o possessionem tradere oportere, oder im arbitrium in iure sofort die Schätzung auf Geld vorzunehmen. Dafür, daß diese Alternative zulässig war, scheint uns zu sprechen, daß sowohl die Ausdrucksweise possessionem condicere bezeugt ist[1]), als auch die Ausdrucksweise condicere ut possessio reddatur.[2]) Denn wenn dem Kläger der Anspruch auf den Besitz zugesprochen wird in der Weise ut possessio reddatur, dann muß ein Mittel vorhanden sein, um dem Kläger die Erlangung des Besitzes und nicht dessen Wertes zu sichern. Eine solche Sicherung war nur mit Hilfe des iuramentum in litem möglich.[3]) Das iuramentum in litem war aber im iudicium condictionis nicht zulässig.[4]) Konnte dagegen im arbitrium in iure dem Kläger das iuramentum in litem auferlegt werden, so war damit ein Mittel gegeben, den Beklagten zur freiwilligen Herausgabe des Besitzes zu veranlassen. Andernfalls erfolgte die Verurteilung auf die eventuell recht hohe vom Kläger beschworene Schätzungssumme. Daß die Geldschätzung des

---

§ 2 D. 30 iudex tanti litem aestimare debebit, quantum mihi aberit. Vgl. § 9 J. 2, 20, Paul. IV 1 § 7. Im übrigen half hier die Litiskreszenz in duplum nach. G. IV 9. Vgl. Arndts in Glücks Kommentar 46, 1 S. 22. 24 und unten S. 209 fg.

[1]) Cels. bei Ulp. 25 § 1 D. 47, 2 (oben S. 183) und 2 D. 13, 3 (oben S. 184). — [2]) Paul. 15 § 1 D. 12, 6 (oben S. 189). — [3]) Denn der iudex konnte den Beklagten zu der vom Kläger selbst unter dem Eide geschätzten Summe verurteilen, wodurch auf den Beklagten ein Druck ausgeübt wurde, den Klagegegenstand selbst herauszugeben. — [4]) Vgl. oben S. 207 [1].

Gegenstandes der condictio nicht immer in iudicio erfolgen mußte, sondern daß sie auch schon in iure vorkam, wird in der Literatur zugestanden.[1]) Wenn also Trampedach und v. Mayr behaupten, daß die Formel der condictio possessionis auf 'dare oportere' ging, so akzeptieren wir dies nur in dem Sinne, daß die condictio possessionis mittelbar auf dare oportere gerichtet werden konnte. Es war dies dann möglich, wenn schon im arbitrium in iure der Besitz in Geld geschätzt wurde und nun die condictio auf die gewonnene Schätzungssumme gestellt wurde mit der intentio auf dare oportere und als condictio certae pecuniae. Wir erwähnen dies besonders, weil in anderen Fällen der sog. condictio incerti z. B. bei der condictio impensarum aus den Quellen mit ziemlicher Deutlichkeit hervorgeht, daß die condictio sofort auf die Schätzungssumme gerichtet wurde.[2]) Dies unterstützt unsere Ansicht, daß der Gegenstand der condictio in einem arbitrium in iure festgestellt wurde. Denn wenn die condictio auf die Schätzungssumme gerichtet wurde, so mußte dem doch ein Verfahren vorausgehn, in welchem die gemachten Auslagen festgestellt wurden. Mit dem Selbstschätzungsrecht des Klägers wird man in Rücksicht auf die Gefahren der plus petitio nicht auskommen können.[3])

Erkennen wir aber an, daß die condictio possessionis auf possessionem tradere oportere gerichtet werden

[1]) Kipp, v. aestimatio in Pauly-Wissowa, Realencyclop. 690, 7 fg.: „Vereinzelt kommt im Formularprozesse vor, daß die aestimatio litis schon im Verfahren in iure vorweggenommen wird." Vgl. auch Hefke, Taxatio (1879) S. 74 fg., Lenel, Édit I 83 [11]. Daß es beliebt war mit Rücksicht auf die praktische Handhabung, die Forderung auf eine Sache in Geld umzusetzen, ist für die cautio usufructuaria bezeugt: Gaius 7 D. 7, 5 aestimatis rebus certae pecuniae nomine cavendum est, quod et commodius est. Auch Pernice, Sog. Realverbalcontract, Parerga IV, Z. d. S.St. XIII 250 [3]. 252 oben und Labeo II [2], 2 S. 103 oben gesteht zu, daß die condictio statt auf die Sache selbst, sofort auf die Schätzungssumme gerichtet werden konnte, wobei jedoch Pernice nicht ein Schätzungsverfahren (arbitrium in iure), sondern ein Selbstschätzungsrecht des Klägers annimmt, welches Selbstschätzungsrecht natürlich von dem Baronschen Selbstschätzungsrechte durchaus verschieden ist. Vgl. oben S. 31 [4]. — [2]) Vgl. unten Nr. IV, 2 gegen Ende. — [3]) Vgl. oben S. 31.

konnte, so ist damit auch die condictio auf ein facere oportere anerkannt. Darin unterscheidet sich unsere Auffassung wesentlich von der Auffassung bei Trampedach und v. Mayr. Denn beide Autoren nehmen an, daß die condictio possessionis, wie überhaupt die condictio in den Fällen der sog. condictio incerti auf dare oportere ging.[1])

Es fragt sich noch, ob wir auch die Existenz der condictio incerti zugestehn. Dies letztere leugnen wir. Von einer condictio incerti kann man nur sprechen, wenn eine condictio mit unbestimmter intentio gemeint ist.[2]) Die condictio auf facere ist aber nicht eine condictio auf einen unbestimmten Gegenstand. Ist in der intentio der Besitz als Gegenstand der condictio angegeben, so ist dies ebensogut ein bestimmter Gegenstand wie die certa pecunia bzw. certa res. „Bestimmt" ist nämlich der Gegenstand, wenn sein Sachwert sich schätzen läßt. Ist der Sachwert des Besitzes schätzbar, dann ist auch der Besitz ein certum, und die condictio possessionis eine condictio auf certum. Daß den römischen Juristen die condictio possessionis keineswegs als eine condictio auf incertum erschien, ergibt sich schon daraus, daß Celsus[3]) von possessionem condicere spricht, ohne auch nur zu erwähnen, als ob es sich hier um eine condictio handele, welche auf incertum gehe. Nicht anders drückt sich Paulus[4]) aus. Allerdings wird zweimal[5]) die condictio possessionis eine condictio incerti genannt; aber es wird allgemein zugestanden, daß der Zusatz incerti interpoliert ist.[6]) Auch sachlich haben wir in diesen Stellen keinen Anhalt, als ob es sich um eine condictio auf incertum handele. Es gilt also der Besitz als certum. Ist dies der Fall, dann muß aber auch die condictio possessionis in der condemnatio auf den Sachwert des Besitzes lauten. Und umgekehrt, nur wenn die condemnatio der condictio possessionis auf den Sachwert des Besitzes geht, gilt die condictio possessionis

[1]) Vgl. oben S. 18 fg. 80 fg. — [2]) Vgl. oben S. 17 [1]. — [3]) bei Ulp. 25 § 1 D. 47, 2 und 2 D. 13, 3. — [4]) 15 § 1 D. 12, 6. — [5]) Aristo, Nerat. bei Ulp. 12 § 2 D. 13, 1 und Iul. 19 § 2 D. 43, 26. — [6]) Vgl. oben S. 45 [6].

als condictio auf ein certum. Denn charakteristisch für das certum der intentio ist, daß in diesem Fall die condemnatio nur auf den Sachwert des in der intentio benannten Gegenstandes geht und nicht auf das „Interesse" (wir sprechen nur von persönlichen Klagen).[1]) Geht nun die condemnatio der condictio possessionis auf den Sachwert des Besitzes oder auf das „Interesse"? Können wir nachweisen, daß die condemnatio der condictio possessionis auf den Sachwert des Besitzes geht, dann ist erwiesen, daß auch die condictio possessionis als condictio auf certum galt.

Wir haben somit zu erweisen, daß die condemnatio bei der condictio possessionis auf den 'Sachwert' des in der intentio der Formel bezeichneten Besitzes geht. Die condemnatio erfolgt auf Grund des quanti ea res est der Formel. Da haben wir die Bedeutung dieser Formelworte festzustellen. v. Savigny[2]) betont mit Recht, daß in den Formelworten quanti ea res est das ea res entweder den vom Kläger geforderten Gegenstand bezeichnen kann oder auch den ganzen Rechtsstreit. In dem ersteren Falle bezeichne quanti ea res est den Sachwert des streitigen Gegenstandes, in dem letzteren Falle dagegen das ganze „Interesse" des Klägers. In seinen weiteren Untersuchungen über die Bedeutung der Formelworte quanti ea res est stellt nun v. Savigny die Ansicht auf, daß die ältere Bedeutung der Worte den Sachwert bezeichne, die spätere dagegen das „Interesse".[3]) Diese v. Savignysche Auffassung der Formelworte quanti ea res est ist heute die herrschende.[4]) Und doch glauben wir, daß diese Auffassung keine Antwort gibt auf die Frage, wann jene Formelworte den Sachwert, und wann sie

[1]) Vgl. oben S. 207 [4]. — [2]) System V 442. Ebenso Mommsen, Beiträge z. Obligationenrecht II (Lehre vom Interesse) 46 fg. — [3]) a. a. O. 443. „Die Erklärung jener Worte vom Sachwert ist die buchstäblichere, die von dem Interesse schließt sich mehr dem Sinn und inneren Wesen der Rechtsverhältnisse an, und so wird man schon im allgemeinen geneigt sein, anzunehmen, daß die erste in der älteren Zeit, später aber die zweite, geherrscht haben möchte." — [4]) Mommsen, Beiträge z. Obligationenrecht II (Lehre vom Interesse) 47 [6], Brinz, Pandekten II [2] S. 339—341, Dernburg-Biermann, Pandekten II [7] § 44 [7], Trampedach a. a. O. Z. d. S.St. XVII 132.

das Interesse bedeuten. Denn, wenn die Formelworte in älterer Zeit den Sachwert bezeichneten, in späterer dagegen das Interesse, so muß man die Schlußfolgerung ziehn, daß es sich um eine Entwickelung handelte, welche bei allen Klagen in gleichmäßiger Weise vor sich ging. Und doch ist dem nicht so.[1]) Selbstverständlich können wir hier auf die Frage in ihrer Gesamtheit nicht eingehn. Für unsere Untersuchungen genügt es, darauf hinzuweisen, daß bei den persönlichen Klagen mit einer auf certum gerichteten intentio die Formelworte quanti ea res est stets nur den Sachwert bezeichnen. Es ist schon von anderer Seite darauf hingewiesen worden, daß, obwohl es Fälle gibt, in denen die Bedeutung der Worte quanti ea res est vom Sachwert zum Interesse erweitert wurde, es doch solche Fälle gibt, „in denen die Rechtsfindung beim Sachwerte stehn blieb".[2]) Man ist nur im Zweifel darüber, ob zu diesen Fällen, in denen das quanti ea res est stets und lediglich den Sachwert umfaßte, die condictio[3]) gehört. Für die Bejahung der Frage scheinen uns folgende Argumente zu sprechen. Es heißt, daß in den stricti iuris iudicia für die Schätzung in der Regel der Zeitpunkt der Litiskontestation in Betracht komme, d. h. es wird dem Kläger nur der Sachwert zugesprochen.[4]) Dafür daß bei der condictio die Worte quanti ea res est nur den Sachwert bezeichnen, scheint uns weiter zu sprechen, daß die condictio auf ipsum aut tantundem gerichtet werden konnte.[5]) Und ebenso, daß die condictio von vorneherein auf das pretium gestellt

[1]) Auch Windscheid-Kipp, Pandekten II § 257 [7] scheinen v. Savigny darin nicht zu folgen, als ob die Erklärung der Worte quanti ea res est mit Sachwert bzw. mit Interesse lediglich auf chronologischem Wege zu erfolgen habe. — [2]) Brinz, Pandekten II [2] S. 342 [9]. — [3]) Selbstverständlich kommt hier die condictio certae pecuniae nicht in Betracht (worauf Brinz a. a. O. hinweist), da bei dieser eine Schätzung in der condemnatio nicht vorkommen kann; die Kondemnationssumme ist ja schon in der intentio angegeben (G. IV 50). Vgl. auch Mommsen a. a. O. 84. — [4]) Ulp. 3 § 2 D. 13, 6. Vgl. Girard, Droit romain [4] 644 [4]. 645 [4]. Ausdrücklich wird dies für die condictio hervorgehoben. Vgl. unten § 21. — [5]) Cels. bei Ulp. 26 § 12 D. 12, 6 (interdum licet aliud praestemus, inquit, aliud condicimus. Pernice, Labeo II [2], 2 S. 103 [2]. 105 [1. 2] folgert daraus mit Recht, daß die condictio auch von vorneherein auf das aliud gerichtet werden

werden durfte.[1]) Pretium ist aber der Sachwert.[2]) Ja, es wird auch ausdrücklich hervorgehoben, daß die condictio certae rei nicht in eine Kondemnation auf das Interesse münden könne.[3]) Nur daraus, daß grundsätzlich die condictio nicht auf das „Interesse" gehn kann, erklärt es sich, warum gerade in den Fällen der sog. condictio incerti oder vielmehr in den Fällen der condictio auf facere die Juristen ängstlich fragen, ob eine Schätzung des Gegenstandes der condictio möglich ist[4]), worauf schon Trampedach[5]) mit Recht aufmerksam macht. Könnte die condemnatio der condictio auf das Interesse gehn, dann wäre es gleichgiltig, ob der Gegenstand der condictio schätzbar ist oder nicht; denn das Interesse ist immer schätzbar. Uns scheint mit dem Wesen der condictio als Bereicherungsklage unvereinbar zu sein, daß die condictio auf das Interesse gehe. Die Bereicherungsklage setzt eine Vermögensvermehrung auf seiten des Beklagten voraus. Zur Interesseleistung kann der Beklagte verpflichtet sein, ohne daß er eine Vermögensvermehrung erfahren hat.[6])

Dafür, daß das quanti ea res est bei der condictio das „Interesse" umfassen könne, pflegt man[7]) sich zu berufen auf

---

konnte). Pomp. 7 D. 12, 6, Tryph. 55 § 1 in f. D. 26, 7, Marcian 25 D. 19, 5. Vgl. ausführlicher unten § 21.

[1]) Iul. bei Afric. 23 D. 12, 1, Iul. bei Ulp. 37 § 1 D. 39, 6, Iul. 19 D. 39, 6, Iul. 26 § 2 D. 36, 1, Paul. 65 §§ 6. 8 D. 12, 6 Paul. 39 D. 39, 6. Hierher gehört auch Ulp. 8 pr. D. 13, 1. Vgl. ausführlicher unten § 21. — [2]) Marcell. 8 D. 12, 3, Paul. 63 D. 35, 2. Daß die Bedeutung von pretium schwankend ist (Mommsen a. a. O. 68 fg.), kann nicht in Betracht kommen, da pretium in den Fällen, in denen es bei der condictio vorkommt, zweifellos „Sachwert" bedeutet. — [3]) Pap. 7 D. 19, 5, Paul. 5 § 2 D. 19, 5 (nascetur vel civilis actio quod mea interest vel ad repetendum condictio. Daraus geht wohl hervor, daß grundsätzlich die condictio nicht auf das Interesse geht). — [4]) Cels. bei Ulp. 26 § 12 D. 12, 6 wirft die Frage auf, ob operae kondiziert werden können und bejaht sie mit der Begründung sed hae operae recipiunt aestimationem. — [5]) a. a. O. Z. d. S.St. XVII 130. — [6]) Dies hebt Mommsen a. a. O. 22 mit Recht hervor, indem er ausführt, daß die Begriffe „Interesse und Bereicherung weit auseinander gehn". — [7]) Mommsen a. a. O. 87[10], Brinz, Pandekten II[2] 342[9]. 523[4], Girard, Droit romain[4] 619[1], Trampedach a. a. O. 132, v. Mayr a. a. O. Z. d. S.St. XXV 199[2].

Paul. 3 D. 13, 1 Si condicatur servus ex causa furtiva, id venire in condictionem certum est quod intersit agentis, veluti si heres sit institutus et periculum subeat dominus hereditatis perdendae. quod et Iulianus scribit: item si mortuum hominem condicat, consecuturum ait pretium hereditatis.

Die Worte quod intersit agentis scheinen auf das bestimmteste zu beweisen, daß die condictio in dem vorliegenden Falle auf das Interesse gehe. Und doch bedeuten jene Worte etwas anderes. Die condictio ex causa furtiva geht auf den höchsten Wert der entwendeten Sache.[1]) Offenbar handelt es sich hier um den Sachwert, um den Marktpreis. Der höchste Wert der Sache wird vielfach identisch sein mit dem Interesse. Aber schon der Umstand, daß man die condictio auf den höchsten Wert gehn ließ, beweist, daß man an das „Interesse" nicht dachte. Eben deshalb weil die condictio grundsätzlich nicht auf das Interesse gehn konnte, mußte man einen anderen Ausweg suchen und griff man zum „höchsten Marktpreis". Bei Paul. 3 D. 13, 1 handelt es sich aber um die Akzession der Hauptsache, welche dem Kläger zugesprochen wird.[2]) Dies Beispiel wählt Paulus zur Erklärung des quod intersit agentis. Nun wissen wir aber, daß auf Grund der condictio ex causa furtiva dem Kläger die Akzession zugesprochen wird[3]), nicht unter dem Gesichtspunkte, daß es sich um Interesseleistung handelt, sondern unter dem Gesichtspunkte, daß der Beklagte noch durch die Akzession bereichert worden ist, weshalb er die Akzession als Teil seiner Bereicherung herauszugeben hat.[4]) Unter demselben Gesichtspunkte werden dem Kläger die Früchte zugesprochen.[5]) Zu Unrecht beruft daher Mommsen[6]) sich gerade hierauf, um die Interesseleistung bei der condictio zu erweisen.

Zur Unterstützung der hier bekämpften Meinung wird man sich nicht berufen dürfen auf Iul. 14 pr. D. 13, 1, denn

---

[1]) Ulp. 8 § 1 D. 13, 1. Vgl. unten § 23. — [2]) Vgl. auch v. Mayr, Condictio 194[2]. — [3]) Ulp. 52 § 28 D. 47, 2 (unten § 23). — [4]) Vgl. unten § 23. — [5]) Ulp. 8 § 2 D. 13, 1, Paul. 38 §§ 1—3 D. 22, 1. Vgl. unten § 23. — [6]) a. a. O. 86[7].

hier handelt es sich nicht um das Interesse des Klägers zur Bezeichnung des Umfanges des ihm zustehenden Anspruches, sondern darum, ob des Klägers Anspruch überhaupt noch existent ist, da ihm jeder Vermögenswert zu mangeln scheint, was sich deutlich aus dem Vergleich mit Ulp. 52 § 29 D. 47, 2 ergibt.[1])

Aber man gesteht in der Literatur zu, daß die Verpflichtung zur Interesseleistung sich bei der condictio certae rei nicht direkt erweisen lasse.[2]) Daher begnügt man sich mit der Behauptung, daß auf jeden Fall die sog. condictio incerti auf Interesseleistung gehe, so daß hier zweifellos die Formelworte quanti ea res est das „Interesse" bezeichnen.[3]) Damit kommen wir auf die Frage, ob bei der condictio possessionis der Kläger auf Grund des quanti ea res est der Formel die Interesseleistung erlangen könne. Da haben wir denn den Schätzungsmodus bei der condictio possessionis überhaupt festzustellen. Wie wurde der Sachwert des Besitzes überhaupt abgegeschätzt? Daß die Schätzung des Besitzes Schwierigkeiten machen muß, ist klar. Und die römischen Juristen haben diese Schwierigkeiten wohl empfunden. Zunächst half man sich in etwas roher Weise damit, daß man den Wert des Besitzes mit dem Werte der Sache selbst identifizierte. Noch Servius[4]) steht auf diesem Standpunkte. Und selbst Ulpian[5]), welcher diese Ansicht nicht vertritt, weiß doch noch von ihr zu melden, woraus Trampedach[6]) nicht mit Unrecht schließt, daß die Servianische Schätzungsweise noch ziemlich lange im Umlauf gewesen sein mußte. Aber man gelangte zu einer feineren Bestimmung des Sachwertes des Besitzes. Als Sachwert des Besitzes galt das „Interesse" des Klägers. Dies war schon zur Zeit des Pomponius anerkannt[7]):

[1]) Vgl. Pernice, Labeo III 186. — [2]) Mommsen a. a. O. 87 [11]. — [3]) Dernburg-Biermann, Pandekten II [7] § 138 [14]. Im Resultate billigen wir dies, aber in anderem Sinne. Vgl. unten Anm. 7. — [4]) bei Ulp. 3 § 11 D. 43, 17 (unten S. 216). — [5]) 3 § 11 D. 43, 17 (unten S. 216). — [6]) a. a. O. Z. d. S.St. XVII 129. Ebenso v. Mayr a. a. O. Z. d. S.St. XXV 198 [6]. — [7]) Als den Urheber dieses Schätzungsmodus möchten wir den Pomponius nicht betrachten, wie Trampedach a. a. O. 131 [1] meint. Heißt es doch, daß schon Pomponius berichtet, daß „zu seiner Zeit dies Rechtens war"!

> Paul. 6 D. 43, 16 In interdicto unde vi tanti condemnatio facienda est, quanti intersit possidere: et hoc iure nos uti Pomponius scribit, id est tanti rem videri, quanti actoris intersit: quod alias minus esse, alias plus: nam saepe actoris pluris interesse hominem retinere, quam quanti is est, veluti cum quaestionis habendae aut rei probandae gratia aut hereditatis adeundae intersit eius eum possideri.

Auf demselben Standpunkte steht

> Ulp. 3 § 11 D. 43, 17 'quanti res est' sic accipimus 'quanti uniuscuiusque interest possessionem retinere'. Servii autem sententia est existimantis tanti possessionem aestimandam, quanti ipsa res est: sed hoc nequaquam opinandum est: longe enim aliud est rei pretium, aliud possessionis.

Die Entscheidung bezieht sich auf das interdictum Uti possidetis, enthält aber zweifellos allgemeine Sätze über den Schätzungsmodus des Besitzes. Ulpian sagt nun, daß der Sachwert des Besitzes dargestellt wird durch das Interesse. Es handelt sich also nicht um das Interesse an der obligatorischen Erfüllung, sondern um das Interesse, welches den Sachwert des Besitzes darstellt. Daher spricht Ulpian von diesem Interesse als dem 'pretium possessionis'. Praktisch kommt das Interesse hier auf dasselbe hinaus wie das Interesse an der obligatorischen Erfüllung. Aber man sieht, daß es sich um die Abschätzung des Sachwertes des Besitzes handelt. Wenn also bei der condictio possessionis auf Grund des quanti ea res est der Formel dem Kläger das Interesse zugesprochen wird, so ist damit unleugbar zugestanden, daß mit der condictio die Interesseleistung erreicht werden kann. Aber anderseits widerspricht dies nicht dem prinzipiellen Grundsatze, daß die condictio direkt auf den Gegenstand des Anspruches (res ipsa G. IV 33) gerichtet ist, und daß im iudicium nur der Sachwert des in der intentio angegebenen Gegenstandes zugesprochen werden kann. Nur die besondere Natur des Gegenstandes bei der condictio possessionis bringt es mit sich, daß der Sachwert des Gegen-

standes (des Besitzes) identisch ist mit dem Interesse des Klägers, wie Ulpian 3 § 11 D. 43, 17 ausdrücklich hervorhebt: aliud est rei pretium, aliud possessionis.

Damit erlangt die condictio possessionis allerdings eine Sonderstellung gegenüber einer gewöhnlichen condictio certae rei. Daß die condictio possessionis auf das Interesse gehn kann, sofern dies Interesse im arbitrium in iure in Geld abgeschätzt ist, würde zu einer Sonderstellung der condictio possessionis gegenüber der condictio certae rei nicht genügen; denn in diesem Falle würde die condictio auf die Geldsumme, welche das Interesse des Klägers darstellt, gerichtet sein und also als condictio certae pecuniae auftreten. Wohl aber ist die Sonderstellung der condictio possessionis gegenüber der condictio certae rei begründet in dem Falle, wo die condictio direkt auf die possessio gerichtet ist (Si paret $N^m$ $N^m$ possessionem tradere oportere), und nun auf Grund des quanti ea res est der Formel dem Kläger das „Interesse" zugesprochen wird. Das „Interesse" tritt zwar als Repräsentant des Sachwertes des Besitzes auf (pretium possessionis Ulp. 3 § 11 D. 43, 17); aber das ändert nichts an dem Endeffekt der condictio, nämlich an der Verurteilung des Beklagten auf das „Interesse" des Klägers. Antizipieren wir, daß die Sache in den übrigen Fällen der sog. condictio incerti sich analog verhält, so verstehn wir auch, wie man in nachklassischer Zeit auf den Namen condictio incerti kommen konnte. Denn wenn man sich nicht gegenwärtig hält, daß in dem „Interesse" der „Sachwert" des Besitzes steckt, so macht es allerdings den Eindruck, als ob die condictio in diesen Fällen nicht auf die res ipsa (G. IV 33) gerichtet ist, sondern etwas „Unbestimmtes", was erst im iudicium auf Grund des quanti ea res est der Formel „bestimmt" wird. Denn daß das „Interesse" ein incertum ist, wird uns ausdrücklich bezeugt bei

Paul. 68 D. 45, 1 Si poenam stipulatus fuero, si mihi pecuniam non credidisses, certa est et utilis stipulatio. quod si ita stipulatus fuero: 'pecuniam te mihi crediturum spondes', incerta est stipulatio, quia id venit in stipulationem, quod mea interest.

Endet nun die condictio possessionis mit einer condemnatio auf das „Interesse“, so scheint es, als ob von vorneherein die condictio auf Interesseleistung gerichtet sei, während doch tatsächlich in der Interesseleistung der „Sachwert“ des Besitzes steckt. Die klassischen Juristen haben sich wohl dadurch nicht irreführen lassen, was deutlich aus Ulpian 3 § 11 D. 43, 17 hervorgeht, wo kein Zweifel darüber gelassen wird, daß das „Interesse“ den Sachwert des Besitzes (pretium possessionis) darstellt. Aber es läßt sich schon erklären, wie man in nachklassischer Zeit auf eine condictio incerti kommen konnte. Mit Recht wird daher allgemein angenommen, daß in die Schriften der klassischen Juristen der Zusatz incerti erst durch Interpolation hineingekommen ist.[1])

Für die prozessualische Behandlung der condictio possessionis gewinnen wir somit folgendes Endresultat. Der Gegenstand der condictio possessionis wird durch arbitrium in iure festgestellt, d. h. durch arbitrium wird festgestellt, daß die Bereicherung des Beklagten in dem Besitze besteht, und daß der Kläger seine condictio direkt auf den Besitz zu richten habe.[2]) Die Formel der condictio possessionis lautete somit

Si paret $N^m N^m A^o A^o$ possessionem tradere oportere quanti ea res est $N^m N^m A^o A^o$ c. s. n. p. a.[3])

Damit ist zugestanden, daß es eine condictio auf facere gibt.[4]) Wir haben weiter ausgeführt[5]), daß auch sogleich im arbitrium in iure die Geldschätzung der possessio stattfinden konnte. In diesem Falle ging dann die condictio als condictio certae pecuniae auf die Schätzungssumme mit der Formelintention auf dare oportere. Bei dieser Geldschätzung der possessio schon im arbitrium in iure konnte auf Grund des iuramentum in litem das „Interesse“ des Klägers in Anschlag kommen. Des weiteren haben wir festgestellt, daß auch in dem Falle, wo die condictio direkt auf den Besitz gerichtet war, mit der Formel Si paret $N^m N^m$ possessionem tradere oportere rel. dem Kläger

[1]) Vgl. oben S. 45 [3–6]. — [2]) oben S. 205 fg. — [3]) Vgl. oben S. 17 [2] und unten § 18. — [4]) oben S. 206 fg. — [5]) oben S. 207 fg.

das „Interesse“ auf Grund des quanti ea res est der Formel zugebilligt werden konnte, aber nur, weil und seitdem der Sachwert des Besitzes mit dem Interesse identifiziert wurde.[1]) Das „Interesse“ galt somit durchaus als „Sachwert“ des Besitzes. Mit Rücksicht darauf erklärt es sich, warum man in nachklassischer Zeit die condictio possessionis eine condictio incerti nannte.[2]) Bei den klassischen Juristen galt die condictio possessionis durchaus als condictio auf ein certum. Insbesondere deshalb, weil die Verurteilung auf Grund des quanti ea res est durchaus nur auf den Sachwert des in der intentio in bestimmter Weise angegebenen Gegenstandes erfolgte, was für die persönliche actio auf certum charakteristisch ist. Daß der Sachwert des Besitzes mit dem „Interesse“ des Klägers identisch ist, konnte bei präziser Auffassung der condictio possessionis den Charakter einer condictio auf certum nicht nehmen.

2. Die condictio impensarum. Diese condictio erwähnt in einem vielerörterten Fragment

> Iul. 33 D. 12, 6 (l. 39 dig.) Si in area tua aedificassem et tu aedes possideres, condictio locum non habebit, quia nullum negotium inter nos contraheretur: nam is, qui non debitam pecuniam solverit, hoc ipso aliquid negotii gerit: cum autem aedificium in area sua ab alio positum dominus occupat, nullum negotium contrahit. sed et si is, qui in aliena area aedificasset, ipse possessionem tradidisset, condictionem non habebit, quia nihil accipientis faceret, sed suam rem dominus habere incipiat. et ideo constat, si quis, cum existimaret se heredem esse, insulam hereditariam fulsisset, nullo alio modo quam per retentionem impensas servare posse.

Eine besondere Bedeutung mißt dieser Entscheidung Pflüger[3]) zur Unterstützung seiner Auffassung der condictio bei. Da die Pflügersche Exegese geistvoll und auf den ersten Blick bestechend ist, da weiter für die allgemeine

---

[1]) oben S. 215 [7]. 216. — [2]) oben S. 217. — [3]) Condictio incerti, Z. d. S.St. XVIII 86 fg. und Ciceros Rede pro Q. Roscio (1904) 33 fg. Vgl. gegen Pflüger auch H. Krüger, Z. d. S.St. XXI 425 fg.

Beurteilung der Pflügerschen Theorie[1]) von der condictio dessen Interpretation unseres Julianischen Fragmentes 'eine große Rolle spielt, so wollen wir an erster Stelle uns mit der Pflügerschen Interpretation unserer Julianischen Entscheidung eingehend befassen. Pflügers[2]) Exegese unseres Fragmentes ist folgende: „Julian will erklären, warum es wegen Verwendungen auf ein fremdes Grundstück kein anderes Mittel gibt als die Retention. Der Sinn seiner Erklärung ist aber einfach der: weil nirgends eine datio vorliegt, wie sie zur Begründung der condictio erforderlich ist. Daß die Verwendungen als solche keine datio darstellen, an eine condictio also, die geraden Weges auf Ersatz ginge, nicht zu denken ist, bedarf nicht der Erwähnung, und Julian verliert darüber kein Wort. Vielmehr erörtert er lediglich die Frage, warum der Eigentümer, der die Sache, ohne Ersatz geleistet zu haben, wieder besitzt, nicht durch eine condictio des Grundstücks, die ihm das Retentionsobjekt wieder entwindet, wenigstens mittelbar zum Ersatz der Verwendungen genötigt werden kann. Das geht deshalb nicht, sagt Julian, weil, wenn der Eigentümer sich eigenmächtig in den Besitz gesetzt hat, überhaupt kein Rechtsgeschäft, und wenn der andere ihm den Besitz herausgegeben hat, jedenfalls keine datio vorliegt". Daß dies die Auffassung Julians sei, ergebe sich. aus einem anderen Fragmente Julians, aus demselben Buche desselben Werkes, welches nach übereinstimmender Ansicht aller Autoren[3]) zutreffend in den engsten Zusammenhang zu dem vorangegangenen Fragmente gestellt wird, nämlich nach Voraufschickung zweier Fragmente, welche den Tatbestand ergänzen:

Pap. 58 D. 30 Domus hereditarias exustas et heredis nummis exstructas ex causa fideicommissi post mortem heredis [restituendas] viri boni arbitratu sumptuum rationibus deductis et aedificiorum aetatibus examinatis respondi,

---

[1]) Vgl. oben S. 129 fg. — [2]) Ciceros Rede pro Q. Roscio 34. — [3]) Bekker, Aktionen I 122 [31], Lenel, Paling. Iulian 551 (faßt beide Fragmente unter derselben Nummer zusammen), Pernice, Labeo III 245/246, H. Krüger, Z. d. S. St. XXI 425.

Ulp. 59 D. eod. si modo nulla culpa eius incendium contigisset.

Iul. 60 D. 30 (l. 39 dig.) Quod si nulla retentione facta domum tradidisset, incerti condictio ei competet, quasi plus debito solverit.

In dieser Entscheidung gebe Julian die condictio auf Herausgabe des ganzen Hauses; denn hier habe der Erbe dem Fideikommissar das Haus zu Eigentum übertragen, es liege eine datio vor. Die datio sei aber sine causa, denn der Fideikommissar habe etwas erhalten, worauf er keinen Anspruch hat: nämlich er habe das Haus + der Aufwendungen erhalten. Daher muß der Fideikommissar das ganze Haus zurückgeben als ein plus solutum.[1]) Gegenüber dieser condictio könne aber der Fideikommissar sein Retentionsrecht, welches er auf das Fideikommiß stützt, mit der exceptio geltend machen, und nun werde der beklagte Fideikommissar auf Grund der exceptio absolviert, wenn er (der Fideikommissar) dem klägerischen Erben die gemachten Aufwendungen ersetzt.[2]) So erhalte der Kläger auf Grund der condictio mittelbar seinen Bereicherungsanspruch auf Ersatz der Aufwendungen.

Wir werden die einzelnen Argumente Pflügers zu untersuchen haben.

Zunächst nimmt Pflüger an, daß Julian in der ersten Entscheidung (33 D. 12, 6) die condictio auf das ganze Haus (von einer solchen condictio könne überhaupt nur die Rede sein) nicht gebe, weil keine datio vorliege; denn der wahre Erbe erhalte nichts zu Eigentum von dem falschen Erben: der wahre Erbe sei ja auf Grund seines Erbrechtes schon Eigentümer. In der zweiten Entscheidung (60 D. 30)

---

[1]) Pflüger, Ciceros Rede pro Q. Roscio 35: „Eine solche Herausgabe und Rückerstattung, eben weil sie solvendi causa erfolgt, überträgt wirklich Eigentum, ist eine datio mit einem Wort, und einer condictio des ohne Rücksicht auf die Verwendungen Geleisteten, quasi plus debito soluti, d. h. unter dem Gesichtspunkt, als habe man damit mehr geleistet, als man schuldig sei, steht daher nichts im Wege." Vgl. auch Pflüger, Z. d. S. St. XVIII 87. — [2]) Vgl. die Durchführung dieses Gedankens durch Pflüger an der condictio cautionis in Z. d. S. St. XVIII 79—81. Vgl. auch oben S. 134. 135.

liege dagegen eine datio vor: denn der Fideikommissar erhalte von dem Erben das Eigentum an dem Hause auf Grund des Fideikommisses und daher greife hier die condictio ein.[1]) Pflüger sieht also in dem Erfordernis der datio den Grund, warum Julian das eine Mal die condictio versage, das andere Mal aber gewähre.[2]) Daß dies der Grund für die Verschiedenheit der Entscheidungen bei Julian ist, kann nur dann richtig sein, wenn Julian wirklich das Eingreifen der condictio von der Voraussetzung der datio abhängig macht. Nun gewährt aber Julian zweifellos die condictio auch in solchen Fällen, wo keine datio vorliegt, worauf schon Erman[3]) aufmerksam macht. Und Trampedach[4]) hat in Anlehnung an Pernice[5]) in trefflicher Weise ausgeführt, daß Julian nicht die datio sondern das negotium als Grundlage der condictio annehme, wobei wir einstweilen außer Betracht lassen wollen, ob dieser Julianischen sog. Negotientheorie

---

[1]) Dasselbe folge aus Marcian 40 § 1 D. 12, 6, wo mit der condictio ebenfalls das ganze Haus zurückgefordert werde (unten Nr. IV, 2 g. E.), und aus Marcell. bei Ulp. 5 § 2 D. 25, 1, wo die condictio wiederum auf die ganze dos gehe. Die Interpolation der letzten Stelle ist aber durch nichts erwiesen. Es heißt nämlich: videndum est, an condici possit id, quod pro impensis necessariis compensari solet. et Marcellus admittit condictioni esse locum rel. Es wird also mit den deutlichsten Worten gesagt, daß die condictio auf Ersatz der Aufwendungen geht, also auf das Zuviel, und nicht auf die ganze dos. Das paßt für Pflüger nicht und daher „läßt er das recht verdächtig klingende id quod pro impensis necessariis compensari solet weg" (a. a. O. 87). Wir glauben auch nicht, daß der Schlußsatz, welcher auf eine Meinungsverschiedenheit unter den Juristen hinweist, wobei Ulpian sich der Meinung Marcells anschließt, mit dem angeblichen Widerspruche bei Papinian 7 § 4 D. 33, 4 zusammenhänge. Die Opposition gegen Marcell bezieht sich darauf, ob durch die Impensen die dos ipso iure gemindert werde, oder ob selbst nachträglich die condictio auf das Zuviel zulässig ist. Das erinnert an den Gegensatz zwischen Retention und condictio. Von der condictio der ganzen dos ist nicht die Rede. Über Pap. 7 § 4 D. 33, 4 vgl. oben S. 174 fg. — [2]) Ciceros Rede pro Q. Roscio 34 „weil nirgends eine datio vorliegt, wie sie zur Begründung der condictio erforderlich ist". — [3]) Beiträge zur Publiciana, Z. d. S. St. XIII 216[1]. Vgl. auch Brinz, Pandekten II[2] § 300[27]. — [4]) a. a. O. Z. d. S. St. XVII 114 fg. — [5]) Labeo III 247 fg. 280 fg.

eine allgemeine Bedeutung zukommt[1]), oder ob, wie schon Bekker[2]) bemerkt, Julian mit ihr nur eine Grundlage für die condictio indebiti habe aufstellen wollen.[3]) Über das Verhältnis zwischen datio und negotium bemerkt aber Trampedach[4]) mit Recht: „Jede datio kann gewiß zugleich als ein negotium angesehn werden, selbstverständlich besteht aber nicht jedes negotium in einer datio.“

Wir wollen aber mit Rücksicht auf die Pflügersche Auffassung die einzelnen Julianischen Fragmente einer Erörterung unterziehn.

> Iul. bei Afric. 23 D. 12, 1 Si eum servum, qui tibi legatus sit, quasi mihi legatum possederim et vendiderim, mortuo eo posse te mihi pretium condicere Iulianus ait, quasi ex re tua locupletior factus sim.

Der A hat den Besitz an einem Sklaven erlangt auf Grund eines angeblichen Legates und den Sklaven verkauft. Der wahre Legatar B kann von A den Preis des Sklaven kondizieren. Hier liegt keine datio vor; denn A hat kein Eigentum an dem Sklaven erworben. Trotzdem gibt Julian die condictio. Pflüger[5]) verkennt nicht, daß diese Entscheidung Julians gegen seine Auffassung von 33 D. 12, 6 spricht. Daher erklärt er 23 D. 12, 1 für interpoliert. Er verweist darauf, daß schon Pernice[6]) in Zusammenhang mit 23 D. 12, 1 auf Afric. 48 D. 3, 5 aufmerksam mache, wo dieser Jurist, wahrscheinlich aber Julian[7]), in einem

---

[1]) so namentlich Trampedach a. a. O. (vgl. aber S. 126 [2. 3]) und v. Mayr, Condictio 174 fg. 195 fg. Für das moderne Recht scheint Jung, Bereicherungsansprüche 32 fg. unter dem Einflusse der Julianischen sog. Negotientheorie zu stehn. Vgl. darüber unten § 22. — [2]) Aktionen I 122 [31]. Zustimmend Brinz, Pandekten II 511 [27]. Auch Pernice, Labeo III 244 fg. 280 [5]. 281 und Parerga IX, Z. d. S. St. XIX 86, 1 bezieht die Julianische Negotientheorie nur auf die condictio indebiti. Vgl. oben Bd. I 36 [4] — 37 [2]. — [3]) Mit Recht macht Erman a. a. O. 216 [1] darauf aufmerksam, daß schon African (wohl in der Intention Julians) die condictio zulasse (30 pr. D. 19, 1), ohne daß ein negotium vorliegt. — [4]) a. a. O. Z. d. S. St. XVII 114. Über den Begriff der „Dationsfälle“ vgl. oben S. 131 [1]. — [5]) Ciceros Rede pro Q. Roscio 32. — [6]) Labeo III 237 [4]. — [7]) Dies läßt sich entnehmen aus dem actio mihi danda sit, was Mommsen freilich in est emendiert.

wohl analogen Falle die actio negotiorum gestorum, und nicht die condictio gibt.

Afric. 48 D. 3, 5 Si rem, quam servus venditus subripuisset a me venditore, emptor vendiderit eaque in rerum natura esse desierit, de pretio negotiorum gestorum actio mihi danda sit, ut dari deberet, si negotium, quod tuum esse existimares, cum esset meum gessisses: sicut ex contrario in me tibi daretur, si cum hereditatem quae ad me pertinet tuam putares, res tuas proprias legatas solvisses, quandoque de ea solutione liberarer.

Man wird kaum leugnen dürfen, daß der Tatbestand in beiden Entscheidungen (23 D. 12, 1 u. 48 D. 3, 5) analog ist. Und doch wird in der ersten Entscheidung die condictio, in der zweiten die actio negotiorum gestorum gegeben. Daraus folgert nun Pflüger [1]), daß in 23 D. 12, 1 die condictio für die actio negotiorum gestorum interpoliert sei. Damit erreicht Pflüger [2]), daß 23 D. 12, 1 als Argument gegen seine Auffassung, wonach Julian die condictio nur in Dationsfällen gibt, ausscheidet. Aber wir glauben, daß die Annahme der Interpolation der condictio in 23 D. 12, 1 unberechtigt ist. [3]) Die Stelle bietet keinen sprachlichen Anhalt für die Annahme einer Interpolation. [4])

---

[1]) Ciceros Rede pro Q. Roscio 87 fg. — [2]) a. a. O. 32 fg. — [3]) Der Umstand, daß auch bei der actio negotiorum gestorum auf den allgemeinen Billigkeitssatz (quia aequum est in damno eum non versari, Ulp. 44 § 2 D. 3, 5) verwiesen wird, kann als genügendes Argument für die Interpolation der condictio nicht betrachtet werden, wie Pflüger a. a. O. 88 meint, denn jener Billigkeitssatz wird bei der condictio viel häufiger von den römischen Juristen herangezogen. Vgl. Labeo bei Ulp. 3 § 12 D. 15, 1 (cf. Iul. bei Afric. 30 pr. D. 19, 1), Cels. 32 D. 12, 1, Ulp. 8 § 22 D. 2, 15, 26 D. 5, 2, 31 pr. D. 5, 3, 7 § 7 D. 24, 1. Vgl. Pernice, Labeo III 216 [1. 2]. 217 [4]. 218 [6]. 219, aber einschränkend v. Mayr, Condictio 309 fg. Der Billigkeitssatz kommt als Begründung eines Rechtsmittels auch in anderen Fällen vor, z. B. Proc. bei Paul. 17 § 4 D. 14, 3, Pomp. 6 § 2 D. 23, 3, Ulp. 16 D. eod., Ulp. 10 §§ 1. 3 D. 17, 1. — [4]) Zustimmend v. Mayr, Condictio 414. Jedoch billigen wir nicht dessen Auffassung, daß in 23 D. 12, 1 eine condictio furtiva vorliege. Gegen v. Mayr auch zutreffend Pflüger, Ciceros Rede pro Q. Roscio 87. Die condictio furtiva, welche Ulp. 29 D. 18, 1 erwähnt, worauf Bolze, Zur Lehre von den Kondik-

‚Sachlich' stimmt aber die Entscheidung Julians in 23 D. 12, 1 mit anderen Entscheidungen überein, wonach auf Rückgabe der dem falschen Erben bzw. dem falschen Legatar ausgezahlten Vermögensobjekte die condictio zusteht.[1]) Was nun den scheinbaren Widerspruch betrifft, daß Julian in der ersten Entscheidung (23 D. 12, 1) die condictio gibt, in der zweiten (48 D. 3, 5) dagegen die actio negotiorum gestorum, so meinen wir, daß es näher liegt, in dem fr. 48 D. 3, 5 an die Erweiterung des Anwendungsgebietes der negotiorum gestio zu denken. Die negotiorum gestio soll nicht nur da zulässig sein, wo jemand absichtlich fremde Geschäfte besorgt hat, sondern auch da, wo er dies unfreiwillig (und das ist in 48 D. 3, 5 der Fall) getan hat.[2]) Da nun die absichtliche Besorgung fremder Geschäfte „der ursprüngliche und Normalfall" der negotiorum gestio war[3]), so liegt es nahe, anzunehmen, daß im fr. 48 D. 3, 5 schon die „unfreiwillige" negotiorum gestio anerkannt werden soll. Da fr. 48 D. 3, 5 von African herrührt, welcher hauptsächlich Julianische Entscheidungen reproduziert, so werden wir annehmen dürfen, daß 48 D. 3, 5 nicht einen Widerspruch zu 23 D. 12, 1 darstellt, sondern eine Fortbildung. Julian will in 23 D. 12, 1 die unfreiwillige negotiorum gestio noch nicht anerkennen und gibt „bloß" die condictio. Der Schüler Julians, African, reproduziert dagegen schon eine Entscheidung, wonach die unfreiwillige negotiorum gestio anerkannt wird, deren actio dem Kläger sogar die „Interesseleistung" sichert, also mehrwertig ist, als die condictio. Allerdings wiegt in 23 D. 12, 1

---

tionen, Arch. f. zivilist. Prax. 78, 438 aufmerksam macht, kann höchstens für 48 D. 3, 5 in Betracht kommen.

[1]) Iul. 16 § 7 D. 5, 3 quia habet condictionem earum, quae sunt ex ea causa solutae rel. Paul. III 6 § 92 Prolatis codicillis vel alio testamento, quibus ademptum est legatum vel certe rescissum, perpera soluta repetuntur. Vgl. oben Bd. I 124. 125, Vangerow, Pandekten II⁷ § 508 Anm., IV (S. 355 fg.), Pernice, Labeo III 240. — [2]) Vgl. insbesondere Wlassak, Zur Geschichte der Negotiorum gestio 140 fg., auch Vangerow, Pandekten III⁷ § 664 Anm., II 1 a (S. 504. 505). Wir glauben, daß mit dem Ausdruck „unfreiwillige" negotiorum gestio diese Ausdehnung der negotiorum gestio am besten charakterisiert werde. — [3]) Wlassak a. a. O. 151.

die Zahlung des Legates an den falschen Legatar vor. Die condictio auf Rückforderung des Gezahlten ist hier anerkannt.[1]) Das pretium tritt an die Stelle des veräußerten Vermächtnisobjektes. Daher lag hier die condictio am nächsten. Aber im Resultat liegt doch eine unfreiwillige negotiorum gestio vor. Der falsche Legatar veräußert den Sklaven und handelt so als unfreiwilliger negotiorum gestor des wahren Legatars: er nimmt eine Rechtshandlung an einer ihm nicht gehörigen Sache vor. In fr. 48 D. 3, 5 wird der Käufer mit dem Sklaven Besitzer der vom Sklaven entwendeten Sachen. Er veräußert diese Sachen, ohne von deren Herkunft Kenntnis zu haben. Hier handelt der Käufer auch als unfreiwilliger negotiorum gestor des Verkäufers, welcher Eigentümer der entwendeten Sachen ist. Daß in 48 D. 3, 5 nicht von der condictio die Rede ist, muß natürlich erscheinen, nachdem die unfreiwillige negotiorum gestio anerkannt war, welche für den Kläger günstiger ist. Daß in 23 D. 12, 1 die actio negotiorum gestorum nicht erwähnt wird, kann man daraus erklären, daß damals die unfreiwillige neg. gestio noch nicht anerkannt war. Man könnte allerdings noch auf andere Weise das fr. 23 D. 12, 1 als Argument für die Anerkennung der condictio in einem Nichtdationsfall beseitigen, nämlich damit, daß dem wahren Legatar die condictio gegen den falschen Legatar nur auf Grund einer cessio actionis seitens des Erben zustehe.[2]) Aber es ist doch die condictio des wahren Legatars direkt gegen den falschen Legatar bezeugt.[3])

Aber wir haben noch andere Entscheidungen, welche die condictio bei Julian enthalten, trotzdem nicht ein Dationsfall vorliegt. Zunächst kommt in Betracht

> Iul. 24 § 1 D. 19, 1 Servum tuum imprudens a fure bona fide emi: is ex peculio quod ad te pertinebat hominem paravit, qui mihi traditus est. posse te eum hominem mihi condicere Sabinus dixit, sed si quid mihi abesset ex negotio quod is gessisset, invicem me tecum acturum

---

[1]) Vgl. unten Anm. 3. — [2]) oben Bd. I 130 [4]. 124, Pap. 9 D. 13, 5. — [3]) allerdings auf Grund eines Reskriptes: Ulp. 5 D. 12, 6. Vgl. oben Bd. I 123 [2].

de peculio. Cassius veram opinionem Sabini rettulit, in qua ego quoque sum.

A hat einen Sklaven Z des B von dem Diebe C bona fide gekauft. Der Sklave Z hat aus Mitteln des peculium, welches er bei B hatte (dessen Eigentum natürlich dem B zustand)[1]) von D einen Sklaven X gekauft, welcher dem A tradiert worden ist. Sabinus und Cassius geben dem B die condictio gegen A auf Herausgabe des Sklaven X. Den Sklaven Z kann der B als Eigentümer offenbar vindizieren. Den Sklaven X kann der B nicht vindizieren, denn A hat als bonae fidei possessor des Sklaven Z Eigentum an X erworben, um so mehr als ihm X tradiert worden ist.[2]) Die condictio ist also hier am Platze: das spricht dafür, daß auch Julian die condictio gegeben hat.[3]) Von einer unfreiwilligen negotiorum gestio (Afric. 48 D. 3, 5)[4]) kann wohl nicht die Rede sein, denn der Sklave Z hat den Sklaven X gekauft, und der Sklave Z kann nicht als negotiorum gestor seines Herrn B gelten. Wir möchten daher nicht mit Lenel[5]) annehmen, daß Julian eine von Sabinus und Cassius abweichende Ansicht vertreten habe. Sprachlich liegt kein Grund zur Annahme einer Interpolation vor. Das in qua ego quoque sum kommt zwar sonst bei Julian nicht vor. Dies kann sich aber daraus erklären, daß die Kompilatoren meist nur die Ansicht Julians kurz angeben, nachdem sie vorher die Ansichten anderer Juristen mitgeteilt haben. Wiederholt kommt vor Iulianus scripsit, ait, idem existimavit, putat u. dgl. Julian

---

[1]) Pernice, Labeo I 123. 124. 138. — [2]) Iul. 39 D. 41, 1 Etiam furtivus servus bonae fidei emptori adquirit, quod ex re eius stipulatur aut per traditionem accipit. Vgl. Pernice, Labeo II [2], 1 S. 374 [2]. Allerdings hat in 24 § 1 D. 19, 1 der Sklave Z nicht ex re des A, sondern ex re des B erworben. Aber auf Grund der Tradition ist wohl A Eigentümer des X geworden: es wirken b. f. possessio und Tradition zusammen. Daß der A nicht endgiltig Eigentum an X erwirbt, folgt aus der condictio. Aber prima facia hat A durch die Tradition Eigentum erworben (Paul. 1 § 6 D. 41, 2. Vgl. Pernice a. a. O. 376 fg.). Alles dies spricht dafür, daß die condictio in 24 § 1 D. 19, 1 echt ist. — [3]) Vgl. oben Anm. 2. — [4]) oben S. 225. — [5]) Paling. Iulian 253 [2].

kann da in direkter Rede sehr wohl gesagt haben in hac opinione ego quoque sum.

Schwierigkeiten macht die Parallelstelle

Paul. 31 § 1 D. 12, 1 Servum tuum imprudens a fure bona fide emi: is ex peculio, quod ad te pertinebat, hominem paravit, qui mihi traditus est. Sabinus Cassius posse te mihi hominem condicere: sed si quid mihi abesset ex negotio quod is gessisset, invicem me tecum acturum. et hoc verum est: nam et Iulianus ait videndum, ne dominus integram ex empto actionem habeat, venditor autem condicere possit bonae fidei emptori. quod ad peculiares nummos attinet, si exstant, vindicare eos dominus potest, sed actione de peculio tenetur venditori, ut pretium solvat: si consumpti sint, actio de peculio evanescit. sed adicere debuit Iulianus non aliter domino servi venditorem ex empto teneri, quam si ei pretium solidum et quaecumque, si cum libero contraxisset, deberentur, dominus servi praestaret. idem dici debet, si bonae fidei possessori solvissem, si tamen actiones, quas adversus eum habeam, praestare domino paratus sim.

Sabinus und Cassius geben hier wiederum die condictio dem B direkt gegen A.[1]) Julian gibt dagegen dem B nur eine Kaufklage gegen D, von welchem sein (des B) Sklave Z den Sklaven X gekauft hat. Diese Kaufklage geht natürlich auf Ausantwortung des von Z gekauften Sklaven X. D hat aber den Sklaven X an A ausgeantwortet. Julian bemerkt nun, daß D gegen A die condictio habe. Diese condictio geht offenbar auf Rückgabe des Sklaven X. Der D stützt diese condictio auf ein indebitum.[2]) Denn das von Z erhaltene Geld muß D dem B auf Grund einer condictio furtiva zurückgeben.[3]) Infolgedessen hat der A den Sklaven als indebitum und muß ihn dem D zurück-

[1]) Die condictio stützt sich allgemein auf das unrechtmäßige Zurückhalten, was dem allgemeinen Standpunkte des Sabinus entspricht (6 D. 12, 5). So auch Pernice, Labeo III 218[4] und schon Cuiacius, Comment. in lib. 16 dig. Iul. zu 24 § 1 D. 19, 1 (Opera omnia, ed. Neapolit., 97 E). — [2]) v. Mayr, Condictio 416[3] nimmt hier zu Unrecht eine condictio furtiva an. — [3]) Iul. 57 § 3 D. 47, 2.

geben. Jetzt ist das ganze Geschäft, welches der Z abgeschlossen hat, aufgelöst: vermittelst einer condictio furtiva des B gegen D auf Rückgabe des von Z erhaltenen Geldes und vermittelst einer condictio indebiti des D gegen A auf Rückgabe des nicht bezahlten Sklaven. Will der B den Sklaven X von D haben, so steht ihm die actio emti gegen D zu, da er der Herr des Kontrahenten Z ist; aber es muß dann der B den Preis an D zahlen. Von einer direkten Klage des B gegen A spricht Julian nicht, sondern zweimal von der actio ex emto des B gegen D. Pflüger[1]) meint nun, daß B durch cessio actionis die condictio des D gegen A erhalten könne. Dagegen ist nichts einzuwenden; aber Julian spricht davon nicht.

Pflüger[1]) fragt, wie Sabinus und Cassius dazu kamen, dem B direkt gegen den A eine condictio zu geben, und meint, daß diese condictio nicht die condictio indebiti sein könne, welche der B von D auf Grund der cessio actionis erreiche, da in der Stelle offenbar ein Gegensatz zwischen Sabinus und Cassius einerseits und Julian andererseits bestehe, und daher die Antwort von beiden Parteien nicht dieselbe sein könne. Wir glauben, daß der Gegensatz zwischen Sabinus bzw. Cassius und Julian nicht notwendig aus dieser Stelle folge, ebensowenig wie aus 24 § 1 D. 19, 1. Vielmehr läßt sich aus den Worten, welche von Paulus dem Julian in den Mund gelegt werden, entnehmen, daß Julian bestrebt war, der Partei B eine Kontraktsklage zu verschaffen, welche jedenfalls günstiger war als die condictio. Aber auch die condictio auf Grund des unrechtmäßigen Zurückhaltens[2]) will Pflüger[3]) nicht gelten lassen. Den Schlüssel zum Verständnis, warum Sabinus und Cassius dem B direkt gegen A die condictio geben, erblickt Pflüger[4]) in

> Paul. 48 D. 15, 1 Libera peculii administratio non permanet neque in fugitivo neque in subrepto neque in eo, de quo nesciat quis, vivat an mortuus sit. § 1. Cui peculii administratio data est, delegare debitorem suum potest.

---

[1]) Ciceros Rede pro Q. Roscio 83. 84. — [2]) oben S. 228[1]. — [3]) a. a. O. 84 oben. — [4]) a. a. O. 84.

Auf den Zusammenhang dieses Fragmentes mit 31 § 1 D. 12, 1 habe schon Lenel[1]) aufmerksam gemacht. Der § 1 von 48 D. 15, 1 besage aber, daß der Sklave Delegant sein könne. Daraus folgert nun Pflüger für 24 § 1 D. 19, 1 und 31 § 1 D. 12, 1: „Sabinus hatte die condictio deshalb für möglich gehalten, weil er den Sklaven als Deleganten und den gutgläubigen Besitzer als Delegatar ansah, die Leistung des Verkäufers an den gutgläubigen Besitzer also als eine Leistung erst des Verkäufers an den Sklaven und dann von dem Sklaven weiter an den gutgläubigen Besitzer. Die zur condictio erforderliche datio war damit gegeben.“ Nebenher sei bemerkt, daß damit Pflüger auch für Sabinus die condictio nur in Dationsfällen gelten läßt, wie wohl allgemein für alle Juristen. Daß 6 D. 12, 5 mit einer solchen Auffassung in scharfem Widerspruch steht, leugnet Pflüger[2]), indem er auch hier das Vorliegen einer datio vermutet. Jedoch dies nur nebenher! Wie verhält es sich aber mit 48 D. 15, 1, in dem Pflüger den Schlüssel zur Erkenntnis unserer condictio des Sabinus und Cassius erblickt? Paulus sagt, daß die libera administratio peculii dem Sklaven nicht verbleibe, wenn er flüchtig, gestohlen oder verschollen ist. Das soll doch heißen, daß der Sklave, welcher seinen Herrn verläßt, nun nicht mit dem peculium für andere etwas erwerben kann.[3]) Es wird gegen die Konsequenz aufgetreten, auf welche wir S. 227 aufmerksam gemacht haben und mit Rücksicht auf welche gerade die condictio in 24 § 1 D. 19, 1 am Platze ist. Statt nun auf Rückgabe dessen, was der Sklave dem fremden Herrn mit Mitteln des behaltenen peculium zuwendet, die condictio zu geben, konnte man den Satz aufstellen, daß mit der Flüchtigkeit dem Sklaven das peculium eo ipso eingezogen wird. Der dominus hat jetzt auch die Verwaltung des peculium und kann alle Gegenstände des peculium vindizieren[4]), trotzdem der Sklave über sie verfügt hat, bzw. hat

---

[1]) Paling. Paulus 1236 [2]. — [2]) Ciceros Rede pro Q. Roscio 58 fg. — [3]) Alfen 34 D. 41, 3 Si servus insciente domino rem peculiarem vendidisset, emptorem usucapere posse. Vgl. auch Paul. 1 § 6 D. 41, 2 (oben S. 227 [2]) und Pernice, Labeo I 133 fg. — [4]) Darauf

der dominus die condictio furtiva. Julian forderte die Erteilung der libera administratio peculii für den Sklaven noch nicht.[1]) Daher muß er zur condictio sine causa greifen. Dagegen ist der zweite, oben erwähnte Satz schon bei Paulus aufgestellt.[2]) Seitdem stand dem Herrn die vindicatio bzw. condictio furtiva zu. Die Folge der Einziehung des peculium ist, daß der dominus nunmehr nicht mehr mit der actio de peculio haftet.[3]) Auch an anderer Stelle fordert Paulus für die Giltigkeit der Pekuliargeschäfte des Sklaven, daß ihm die libera administratio peculii erteilt sei.[4]) Mit Recht verweist darauf Lenel[5]) im Zusammenhang mit 48 § 1 D. 15, 1. Das ist aber ganz etwas anderes, als Pflüger meint. Aus 48 § 1 D. 15, 1 ergibt sich im Zusammenhang mit 13 D. 12, 6, daß der Sklave mit Pekuliarmitteln giltige Geschäfte abschließen kann, also auch seinen Schuldner delegieren, was für das im Eigentum des dominus stehende Pekuliarvermögen natürlich von der größten Tragweite sein kann. Wir schließen daher nicht mit Pflüger[6]) aus 48 § 1 D. 15, 1 für 24 § 1 D. 19, 1, daß Sabinus deshalb eine condictio für möglich gehalten hat, „weil er den Sklaven als Deleganten und den gutgläubigen Besitzer als Delegatar ansah". Pflüger[7]) meint, der Fall liege ebenso wie bei Paul. 22 § 9 D. 17, 1. Wir glauben, daß auch aus dieser Stelle nur das Bestreben hervortritt, der Partei die günstigere Kontraktsklage zu verschaffen. Und zwar wird sich überall da die Kontraktsklage herauskonstruieren lassen, wo eine datio sich konstruieren läßt. Die datio bildet also die Grundlage, um eine Kontraktsklage heraus zubringen. Die condictio wird direkt dem B gegen den A gegeben: dies entspricht der allgemeinen Auffassung des Sabinus (6 D. 12, 5) und entspricht wohl auch der Auffassung Julians in 24 § 1

---

weist auch hin 31 § 1 D. 12, 1: quod ad peculiares nummos attinet, si exstant, vindicare eos dominus potest.

[1]) 19 D. 46, 1. Pernice, Labeo I 135 [44]. — [2]) unten Anm. 4. — [3]) wie in 31 § 1 D. 12, 1 actione de peculio tenetur venditori, ut pretium solvat. — [4]) 13 D. 12, 6. Vgl. Pernice, Labeo I 135 [45]. — [5]) Paling. Paulus 1236 [4]. — [6]) Ciceros Rede pro Q. Roscio 84/85. — [7]) a. a. O. 85.

D. 19, 1. Aber wir wollen noch bei der von Pflüger angenommenen Delegation verweilen. Danach geben Sabinus und Cassius dem B die condictio direkt gegen A, weil Z Delegant und A Delegatar ist. Die Leistung des D an den A sei eine Leistung erst des D an Z und dann von Z an A. Auf diese Weise komme die zur condictio erforderliche datio heraus. Wir halten dies für künstlich zurechtgelegt, zum Teil sogar für unrichtig. Nach dem Satze solvit qui reum delegat gilt die Leistung des D an A als Leistung des Z an A. Aber Z ist ja nicht Schuldner des A. Der Z hat an A nichts zu zahlen. Er will auch nicht, daß D an A statt seiner (Z) leiste, etwa schenkungshalber. Z hält sich dem A gegenüber lediglich für dessen Sklave, der für A etwas kauft und dem A tradieren läßt. So kann von der Delegation in unserem Verhältnis nicht die Rede sein. Daher kann durch die Delegation auch nicht die datio vermittelt worden sein. Sabinus und Cassius geben dem B direkt die condictio gegen A nach den allgemeinen Grundsätzen.[1]) Julian folgt dem in 24 § 1 D. 19, 1. In der Parallelstelle 31 § 1 D. 12, 1 erwähnt Julian diese condictio des B direkt gegen den A nicht. Er operiert mit der Kaufklage. Aber diese reicht nur bis D, nicht bis A. Immerhin gibt sich das Bestreben Julians kund, der Partei eine Kontraktsklage zu verschaffen[2]), welche ja zweifellos günstiger ist. So braucht Julian in 31 § 1 D. 12, 1 nicht im Widerspruch zu stehn zu Julian in 24 § 1 D. 19, 1. Vielmehr kann sich in 31 § 1 D. 12, 1 eine Fortbildung finden. Allerdings ist in beiden Fällen der Tatbestand derselbe. Aber es bestand das Bestreben Kondiktionsfälle durch Konstruktion eines Kontraktsverhältnisses zu erledigen.[3]) Ein solches Bestreben Julians möchten wir in 31 § 1 D. 12, 1 annehmen. Daß bei einem solchen Bestreben „Grenzfälle“ sich finden müssen, wo man zweifeln kann, ob der vorliegende Fall als Kontraktsverhältnis sich konstruieren lasse oder „bloß“ als Kondiktionsverhältnis, ist natürlich. So erklärt es sich vielleicht, daß Julian in 24 § 1 D. 19, 1 mit der condictio arbeitet,

---

[1]) Vgl. oben S. 231 [3]. — [2]) Dies bemerkt übrigens auch Pflüger a. a. O. 83. — [3]) Vgl. Pernice, Labeo III 230 [4, 5]. 231 [1–3].

während er in 31 § 1 D. 12, 1 schon die Kontraktsklage herauszubringen sucht. Allerdings ist der letztere Versuch nicht vollständig gelungen, wie schon erwähnt wurde, da die Kontraktsklage des B nur bis D, nicht bis A reicht. Von einer datio des B an den A kann daher auch nicht die Rede sein, da die Kette nicht bis A reicht. Aber wenn sie reichen würde, so würde auch die Kontraktsklage reichen und würde die datio gerade dazu dienen, um der Partei die günstigere Kontraktsklage zu verschaffen. Das wäre aber das Gegenteil von dem, was Pflüger sagt, wonach die datio dazu dienen sollte, um die condictio zustande zu bringen. Aber wenn die angebliche durch die angebliche Delegation vermittelte datio für Sabinus und Cassius als Mittel diente, um die condictio zu begründen, warum bediente sich nicht Julian dieses Mittels? Dieses Widerspruches ist sich auch Pflüger[1]) bewußt, und daher bemerkt er, daß die Entscheidung Julians in 24 § 1 D. 19, 1 sich auf einen solchen Fall mit Delegation bezogen haben könne, so daß die condictio Julians in 24 § 1 D. 19, 1 nicht interpoliert zu sein brauche.[2]) Bemerken wollen wir aber noch, daß in 22 § 9 D. 17, 1 nicht von der Delegation die Rede ist, sondern vom Mandat. Hier geht die Mandatsklage bis zu A, wenn A im Auftrage des Z von D den Sklaven empfangen hat. Die Kette geht hier nicht von B zu Z und von Z zu D und A, sondern von B zu Z und von Z zu A. Der Auftrag ist an A, nicht an D ergangen. Ist dagegen ein solcher Auftrag an A nicht ergangen, so greift auch hier, wie in 31 § 1 D. 12, 1, die Kaufklage ein, welche nur bis D reicht.

Weiter kommt als ein Fall, wo Julian die condictio gibt, trotzdem eine datio nicht vorliegt, in Betracht

Iul. bei Afric. 30 pr. D. 19, 1 Servus, quem de me cum peculio emisti, priusquam tibi traderetur, furtum mihi fecit. quamvis ea res quam subripuit interierit, nihilo minus retentionem eo nomine ex peculio me habiturum

---

[1]) a. a. O. 86. — [2]) trotzdem Pflüger a. a. O. 83 die condictio Julians in 24 § 1 D. 19, 1 mit Lenel, Paling. Iulian 253 für interpoliert erklärt hat.

ait, id est ipso iure ob id factum minutum esse peculium, eo scilicet, quod debitor meus ex causa condictionis sit factus. nam licet, si iam traditus furtum mihi fecisset, aut omnino condictionem eo nomine de peculio non haberem aut eatenus haberem, quatenus ex re furtiva auctum peculium fuisset, tamen in proposito et retentionem me habiturum et, si omne peculium penes te sit, vel quasi plus debito solverim posse me condicere. secundum quae dicendum: si nummos, quos servus iste mihi subripuerat, tu ignorans furtivos esse quasi peculiares ademeris et consumpseris, condictio eo nomine mihi adversus te competet, quasi res mea ad te sine causa pervenerit.

Julian erörtert den Fall, wo ein verkaufter Sklave seinen Herrn, den Verkäufer, vor erfolgter Tradition bestiehlt. Bei der Gelegenheit wird auch mit einigen Bemerkungen der Fall berührt, wo der Sklave nach erfolgter Tradition den Diebstahl begangen hat. Es ist erklärlich, warum Julian auf den letzteren Fall zurückgreift: denn hier müssen die allgemeinen Grundsätze über den Diebstahl und über das Pekuliarrecht eingreifen, da der Fall identisch ist mit dem Fall, wo ein fremder Sklave jemanden bestiehlt. Wir wollen daher auf die Bemerkungen, welche Julian gerade für diesen Fall macht, zuerst eingehen.

Hat der Sklave den Diebstahl nach erfolgter Tradition gemacht, so muß es sich fragen, ob die allgemeinen Sätze des Pekuliarrechtes eingreifen, und somit der Käufer mit der actio de peculio haftet. Da es sich um einen Diebstahl handelt, so kommt die condictio furtiva in Betracht. Es fragt sich somit, ob gegen den Käufer die condictio furtiva de peculio eingreife, so daß der Käufer nach den Rechtssätzen über die condictio furtiva (also auf den höchsten Wert der gestohlenen Sache) haftet[1]), aber natürlich nur, soweit das Pekulienvermögen reicht. Die Frage wird verneint (omnino condictionem eo nomine de peculio non haberem). Die Entscheidung entspricht den allgemeinen Grundsätzen. Der Diebstahl ist kein Pekuliargeschäft, und der Herr haftet mit der actio de peculio nur

[1]) Tryph. 29 D. 25, 2, Ulp. 8 § 1 D. 13, 1. Vgl. unten § 23.

für die im Geschäftsbetriebe des peculium vorgenommenen Geschäfte.[1]) Ist dagegen das peculium durch den Diebstahl vergrößert worden, dann haftet der Käufer des Sklaven in Höhe dieser Vergrößerung (condictionem eo nomine de peculio — eatenus haberem, quatenus ex re furtiva auctum peculium fuisset).[2]) Die hier eingreifende Klage ist die Pekuliarklage, und da sich dieselbe auf einen Diebstahl stützt, die condictio furtiva de peculio. Diese condictio furtiva de peculio geht also nur auf die Vergrößerung (Bereicherung) des peculium.[3]) Es entspricht dies den allgemeinen Grundsätzen: der Herr haftet für die Delikte des Sklaven nur in Höhe der Bereicherung.[4]) Bemerkenswert ist nur, daß die Bereicherung des peculium von der Bereicherung des Herrenvermögens (patrimonium) geschieden wird. Da in unserem Fall durch den Diebstahl das peculium vergrößert worden ist, so wird mit der condictio furtiva de peculio auch nur die Vergrößerung des Pekulienvermögens angegriffen.[5])

Aber insbesondere beschäftigt sich Julian mit dem Fall, wo der Sklave vor erfolgter Tradition den Diebstahl verübt hat. Dieser Fall ist zur Entscheidung gestellt (propositum). Mit der Verübung des Diebstahls erwirbt der Verkäufer gegen den Sklaven, der ja noch sein Sklave ist, eine Forderung.[6]) Diese Forderung ist nicht die condictio furtiva[7]); denn zwischen Herrn und Sklaven gilt nicht das allgemeine Zivilrecht. Aber die Forderung des Herrn gegen den Sklaven ist eine Obligation ex causa condictionis, wie Julian

---

[1]) Pernice, Labeo I 139 [97. 98]. — [2]) Somit ist die von Labeo bei Ulpian 3 § 12 D. 15, 1 genannte actio de peculio die condictio de peculio. — [3]) Zustimmend v. Tuhr, Actio de in rem verso 165, auch Pflüger, Ciceros Rede pro Q. Roscio 40 [62]. — [4]) Pernice, Labeo I 132 unten, 133. — [5]) Die condictio tritt hier sowohl als condictio furtiva wie als actio de peculio auf. Daß die condictio in unserem Falle nur auf die Bereicherung des peculium geht, ist natürlich nicht eine Folge des Kondiktionenrechtes (denn nach Kondiktionenrecht geht die condictio furtiva auf den höchsten Wert der gestohlenen Sache), sondern eine Folge des Pekuliarrechtes. Vgl. Pernice, Labeo I 132 unten, 133. — [6]) Ulp. 9 § 6 D. 15, 1. Vgl. Pernice, Labeo I 129 fg. 154. — [7]) Natürlich in dem Sinne actio = obligatio. Vgl. Wlassak, v. actio in Pauly-Wissowa, Realencyclop. 306, 36 fg.

präzise sagt, d. h. eine Forderung, welche im allgemeinen Zivilrecht mit der condictio furtiva realisiert würde.[1]) Diese Forderung kann nun der Verkäufer an dem peculium des Sklaven, der ja noch sein Sklave ist, abziehn. Es entspricht dies den allgemeinen Grundsätzen des Pekuliarrechtes.[2]) Und zwar wird durch den Abzug der Forderungen des Herrn das peculium des Sklaven ipso iure gemindert.[3]) Es kann

---

¹) Pflüger a. a. O. 41 [44] meint, daß der debitor in der Stelle, so wie sie dasteht, der Käufer sein müsse; African (wohl Julian) habe natürlich den Sklaven gemeint: das weise auf eine Interpolation der Kompilatoren hin. Wir können dem nicht folgen. Es ist vorher von der Minderung des peculium die Rede, und daran schließt sich die Begründung, daß der Sklave Schuldner des Herrn geworden sei. Das sit erklärt sich aus der indirekten Rede: African referiert den Julian. — ²) Ulp. 9 § 6 D. 15, 1 sed et si ex delicto ei debeat, ut puta ob furtum quod fecit, aeque deducetur. Vgl. auch Labeo bei Ulp. 5 § 7 D. 14, 4 und Iul. bei Afric. 38 § 2 D. 15, 1 und Pernice a. a. O. 129 fg. 154. — ³) Pflüger a. a. O. 39 [2] hält den Satz id est ipso iure ob id factum minutum esse peculium für interpoliert. Die „sachliche“ Wahrscheinlichkeit spricht nicht dafür. Denn es ist anderweits bestätigt, daß durch die Forderungen des Herrn das peculium des Sklaven ipso iure gemindert werde: Iul. bei Ulp. 11 § 7 D. 15, 1 non est in peculio quod domino debetur, Ulp. 9 § 8 D. 15, 1 ab initio deduci. Zustimmend Pernice a. a. O. I 131 [73]. Pflüger beruft sich auf Eisele, Z. d. S. St. XI 8, welcher ausführt, daß die Zwischensätze id est .... vielfach interpoliert seien, was wohl zutrifft. Eisele nimmt dies auch für unsere Stelle an, da African ipso-iure-Minderung des peculium und retentio ex peculio nicht identifiziert haben könne. Die Kompilatoren hätten mit Rücksicht auf 1 §§ 5 fg. C. 5, 13 a. 530 mit Retentionen aufräumen wollen. Dagegen ist zu bemerken, daß der Identifizierung von Retention und ipso-iure-Minderung durch Julian in unserer Stelle nichts entgegensteht. Denn Julian spricht nicht von der retentio peculii, sondern von der retentio ex peculio, d. h. er hat die Möglichkeit im Auge, wo der Herr physisch den Gegenstand seines Anspruchs (und bei Diebstahl wird dies in der Regel möglich sein) retiniert, so daß er nicht zur Retention des ganzen peculium zu greifen braucht. Die ‚Retention‘ ist hier tatsächlich dasselbe wie die Minderung des peculium. Man kann dagegen nicht einwenden, daß die Retention immer an der ganzen Sache stattgefunden habe: daher werde sie durch exceptio doli gegen den Anspruch auf die ganze Sache realisiert; denn es ist bekannt, daß das Retentionsrecht keineswegs ein einheitlich ausgebildetes Institut war. Vgl. Pernice, Labeo II [2], 1 S. 252 fg. Und es läßt sich auch nicht leugnen, daß gerade in unserer Stelle das

nun natürlich die Eventualität eintreten, daß aus physischen Gründen sich der Abzug an dem peculium nicht bewerkstelligen läßt.[1]) In diesem Falle steht dem Herrn das Retentionsrecht an dem ganzen peculium zu, bis der Käufer ihn wegen seines Anspruchs gegen den Sklaven befriedigt. Dieser Anspruch stützt sich, wie ausgeführt ist, auf den Diebstahl des Sklaven und wird daher nach den Grundsätzen der condictio furtiva bemessen. Macht nun der Verkäufer von seinem Retentionsrecht keinen Gebrauch, so gibt ihm Julian die condictio, welche er auf die Zahlung eines indebitum stützt. Als indebitum ist aber gezahlt alles das, was der Verkäufer nach den Sätzen der condictio furtiva von dem Sklaven zu fordern hatte. So bildet den Gegenstand der condictio indebiti gegen den Käufer der Gegenstand der condictio furtiva gegen den Sklaven.[2]) Daß der Anspruch aus einer condictio zum Gegenstand einer anderen Obligation, z. B. einer Stipulation, gemacht werden kann, ist bezeugt.[3]) Daher ist es nicht auffallend, daß dieser Gegenstand auch Gegenstand einer condictio sein kann. Macht also der Verkäufer von seinem Retentionsrecht keinen Gebrauch, so kann er dasselbe, was er vorher von dem Sklaven fordern durfte, jetzt von dem Käufer fordern. Also der Gegenstand seines Anspruchs ändert sich nicht infolge Unterlassung der Retention. Aber die Haftfrage ändert sich.[4]) Während der Verkäufer seinem Sklaven gegenüber einen Anspruch nach den Grundsätzen der condictio furtiva hatte, hat er jetzt, nach unterlassener Retention, gegen den Käufer nur die

---

Retentionsrecht dem Kompensationsrecht nahe kommt (vgl. Labeo bei Ulp. 10 § 9 D. 17, 1, Ulp. 1 § 4 D. 27, 4 und 5 § 2 D. 25, 1, auch Wlassak, Negotiorum gestio 195. 196 und Pernice, Labeo II [2], 1 S. 253 [2]. 277 [1]), denn der Verkäufer setzt dem Anspruche des Käufers auf Herausgabe des Sklaven auf Grund des Kaufgeschäftes seinen Anspruch gegen den Sklaven aus dessen furtum entgegen.

[1]) Vgl. analog Ulp. 5 pr. D. 25, 1. — [2]) Pflüger a. a. O. 40. 41 oben nimmt an, daß die condictio indebiti auf die Herausgabe des ganzen peculium gerichtet sei. Es liege hier die condictio indebiti quasi plus debito soluti vor. Vgl. über die quasi-condictio Pflügers oben S. 140 fg. — [3]) Ulp. 29 § 1 D. 45, 1. — [4]) Vgl. unten § 23.

condictio indebiti.[1]) Diese condictio indebiti gegen den Käufer ist aber eine condictio de peculio, d. h. sie geht nur in Höhe des peculium. Daß diese condictio indebiti eine condictio de peculio ist, folgt daraus, daß in der ganzen Entscheidung bis zu diesem Punkte lediglich von der condictio de peculio die Rede ist. Daraus aber, daß diese condictio indebiti eine condictio de peculio ist, folgt, daß der Verkäufer von dem Käufer auf Grund der condictio indebiti nicht mehr erhalten kann, als er auf Grund seines Anspruchs gegen den Sklaven ex causa condictionis furtivae erhalten haben würde. Denn setzen wir die Eventualität, daß das peculium nicht ausreicht, um den höchsten Wert der gestohlenen Sache (welche selbst untergegangen ist) zu ersetzen, so kann der Verkäufer das ganze peculium in Abzug bringen und hat für den Überrest noch eine Forderung gegen den Sklaven ex causa condictionis furtivae. Diesen Überrest kann er gegen den Käufer mit der condictio indebiti einklagen. Da aber diese condictio indebiti eine condictio de peculio ist, und daher der Käufer nur in Höhe des peculium haftet, welches aber schon ganz aufgezehrt ist, so erlangt der Verkäufer nichts mehr.[2])

Es folgt nun ein Schlußsatz. Dieser Schlußsatz bezieht sich wohl nur auf die Eventualität, wo der Sklave den Diebstahl vor der Tradition verübt hat; denn diese Eventualität ist das „propositum". African[3]) entscheidet nun, daß, wenn der Käufer ohne Kenntnis von dem Diebstahl entwendetes Geld als Pekuliargeld an sich nehme (kraft ademptio) und verbraucht, er dem Verkäufer mit der con-

[1]) So erklären sich vielleicht die Bedenken, welche Pernice, Labeo III 251 [2] gegen die condictio indebiti in unserer Stelle hat. — [2]) Wohl deswegen, um auf Grund der condictio indebiti dem Verkäufer nicht mehr zu geben, als er auf Grund des Anspruchs gegen seinen Sklaven ex causa condictionis furtivae erlangt haben würde, gibt Ulpian 29 D. 18, 1 dem Verkäufer die condictio furtiva gegen den Käufer. Aber damit ist die Haftfrage (unten § 23) zu ungunsten des Käufers entschieden. Der Standpunkt Julians scheint uns der präzisere. Daher teilen wir auch nicht die Bedenken von Pernice, Labeo III 251 [2]. — [3]) In dem Schlußsatz spricht wohl schon African selbst. Daraus erklärt es sich, daß er hier auf die Frage bei Diebstahl nach der Tradition nicht mehr eingeht.

dictio haftet. Diese condictio ist natürlich nicht die condictio furtiva, sondern stützt sich auf die Vermögensvermehrung („Bereicherung"), welche der Käufer erfahren hat: ist die condictio sine causa.

Pflüger[1]) nimmt an, daß der ganze Schlußsatz secundum quae dicendum — pervenerit interpoliert sei. Denn daß bei Nichtannahme der Interpolation die Entscheidung gegen Pflüger spricht, als ob Julian bzw. African die condictio nur in den Dationsfällen anerkenne, gesteht Pflüger[2]) zu. Die Annahme der Interpolation stützt Pflüger außer auf die schon angegebenen Ausführungen, welche wir nicht für durchschlagend halten, noch darauf, daß in der Stelle, wie sie dastehe, „Unsinn" enthalten sei[3]): „Erst hat der Verkäufer das Retentionsrecht, weil er die condictio hat, und einen Satz darauf — nam licet etc. — wird dies dadurch gerechtfertigt, daß er nicht nur das Retentionsrecht habe, sondern auch die condictio." Dieser Einwand von Pflüger ist durchaus unberechtigt. Am Anfang der Stelle wird gesagt, daß bei Diebstahl vor der Tradition dem Verkäufer das Retentionsrecht zusteht. Dies Retentionsrecht stützt sich auf den Anspruch des Verkäufers gegen den Sklaven ex causa condictionis. Es ist hier also eine andere condictio gemeint, als Pflüger meint. Pflüger nimmt hier die condictio für die condictio des Verkäufers gegen den Käufer. Freilich hat vorher Pflüger auszuführen gesucht, daß so die Stelle zu verstehn sei, was unzutreffend ist, wie wir oben erwähnt haben. Dagegen ist die condictio, welche nachher (nam licet . . .) erwähnt wird, die condictio des Verkäufers gegen den Käufer; diese stützt sich auf den Diebstahl des Sklaven und geht gegen dessen Herrn (den Käufer) auf die ‚Bereicherung' des peculium (condictio de peculio). Verstehn wir unter dem 'debitor' nicht den Käufer, wie Pflüger a. a. O. 41[64] meint, sondern den Sklaven, wie wir ausgeführt haben, und was auch allgemein angenommen wird (Pflüger a. a. O.), dann enthält die Stelle durchaus keinen „Unsinn". Pflüger a. a. O. 42[65] beruft sich auf Pernice, Labeo III 251[2], welcher schon

---

[1]) a. a. O. 42. 43. — [2]) a. a. O. 39 unten. — [3]) a. a. O. 42 oben.

Zweifel ausgesprochen habe, ob die Stelle „ganz unberührt überliefert“ sei. Dieser Zweifel von Pernice ist wohl berechtigt; denn die Stelle macht vor allem den Eindruck, als ob sie von den Kompilatoren gekürzt worden sei.[1]) Aber die Bedenken von Pernice richten sich nicht gegen den Schlußsatz, sondern gegen die „Ausdehnung der condebiti indebiti in Form der repetitio plus debito soluti, die auffallen muß.“ Pernice wendet sich also gegen die condictio indebiti, welche in der Mitte der Stelle erwähnt ist (tamen in proposito — condicere), und welche Pflüger unbeanstandet läßt, weil sie gerade in seine Auffassung der condictio indebiti quasi plus debito soluti hineinpaßt. Pflüger a. a. O. 42 meint weiter, daß in dem Schlußsatze nur die condictio indebiti gemeint sein könne, von der schon vorher die Rede war. African habe wieder unterschieden: „War der Sklave noch nicht übergeben, so hatte der Verkäufer ebenso wie im ersten Fall die Retention des Peculiums, und falls er sie versäumt hatte, die oben genannte condictio des Peculiums quasi plus debito soluti. War der Sklave dagegen bereits übergeben, so war dem bestohlenen Verkäufer nicht zu helfen, denn das peculium war nicht bereichert und im Fall der ademptio peculii, wie sie hier vorliegt, versagte auch die actio de in rem verso.“ Erst die Kompilatoren hätten dem Verkäufer auch in diesem Falle die condictio gegeben. Der Schlußsatz behandelt den Fall, wo das patrimonium des Käufers durch den Diebstahl des Sklaven vergrößert worden ist. Darauf weist hin das ademeris et consumpseris, während vorher von der Vergrößerung des peculium die Rede war. In dem Schlußsatze ist somit die condictio direkt auf das Vermögen des Herrn gerichtet. Es ist nun möglich, daß African unterschieden hat, je nachdem der Diebstahl vor oder nach der Tradition verübt war. War der Diebstahl vor der Tradition verübt, so hatte der Verkäufer die condictio indebiti; von der Retention kann nicht die Rede sein, da die ademptio die Unterlassung der

---

[1]) Die Kürzung kann aber auch schon African vorgenommen haben, der Julianische Ansichten vorträgt.

Retention voraussetzt. War der Diebstahl nach der Tradition verübt, so stand, wie Pflüger richtig bemerkt, wegen des infolge der ademptio fehlenden negotium dem Verkäufer die actio de in rem verso nicht zu. Aber wenn bei nicht eingetretener ademptio, wie dieser Fall in dem Anfange und der Mitte des Fragmentes behandelt ist, die condictio furtiva de peculio gegeben wurde in Höhe der Vergrößerung des peculium, so liegt kein Grund vor, warum nicht auch für den Fall der ademptio, wo also das patrimonium des Herrn vergrößert wurde (er hat ja das Geld konsumiert), die condictio gegeben werden solle. Diese condictio ist aber nicht die condictio furtiva, sondern die condictio sine causa. Denn die Vergrößerung des patrimonium des Herrn ist nicht durch den Diebstahl entstanden (durch den Diebstahl ist das peculium vergrößert worden), sondern durch die ademptio.

Wir glauben, daß Pflüger unberücksichtigt läßt, daß in unserem Fragmente (30 pr. D. 19, 1) gerade der Unterschied zwischen der condictio de peculio und der condictio de patrimonio domini erörtert wird. Gerade in dem Schlußsatze ist von der condictio de patrimonio domini die Rede. Unser Fragment stammt aus dem 8. Buche der Quästionen Africans. In diesem Buche handelt African unter anderem von der Pekulienklage und der in rem versio.[1]) Hier erörtert der Jurist die actio depositi de peculio.[2]) Die actio de in rem verso gibt African, wenn der Sklave in Geschäftsführung für den Herrn Geld empfangen hat.[3]) Damit wird die Auffassung v. Tuhrs[4]) bestätigt, daß die actio de in rem verso stets ein negotium des Sklaven für den Herrn erfordert. Also zur actio de in rem verso ist eine datio die Voraussetzung. Die Personenkette dieser datio ist: der Kontrahent des Sklaven — der Sklave — der Herr, dessen Geschäfte der Sklave besorgt. Damit tritt die actio de in rem verso in Gegensatz zur condictio, welche letztere eingreift, auch wenn eine datio nicht vorliegt, wie gerade unser Fragment

[1]) Lenel, Paling. Africanus 89. 90. — [2]) 38 pr. D. 15, 1. — [3]) 17 pr. D. 15, 3. — [4]) Actio de in rem verso 173 fg. 209. 219. 272 fg.

(30 pr. D. 19, 1) beweist. Actio de in rem verso und condictio sind Klagen mit verschiedener Grundlage.[1]) Denn daß in dem Schlußsatze unseres Fragmentes sich eine datio nicht herauskonstruieren läßt, gesteht Pflüger[2]) zu. Auch bei der actio de in rem verso wird unterschieden, ob in das peculium eine versio stattfindet oder in das Vermögen des Herrn.[3]) Dieselbe Unterscheidung wird in unserem Fragment bezüglich der condictio gemacht, und in dem ersten Falle die condictio de peculio, welche das Pekulienvermögen umfaßt, gegeben, im letzteren Fall die schlichte condictio, welche auf das Vermögen des Herrn gerichtet ist.[4])

Wir kommen somit zu dem Resultat, daß Pflügers Ansicht, als ob Julian die condictio nur anerkannt habe, sofern die Vermögensvermehrung auf seiten des Beklagten durch eine datio seitens des Klägers erfolgt ist, unbegründet ist. Es bewährt sich im Gegenteil die Ansicht, daß schon Julian über die Dationsfälle hinausgegangen ist.[5])

Akzeptieren wir nun nicht die Erklärung Pflügers, warum Julian in 33 D. 12, 6 die condictio impensarum verweigert, indem er den Kläger lediglich auf die Retention verweist, während er in 60 D. 30 die condictio impensarum gewährt, so haben wir unsererseits eine Antwort auf die Frage nach dem Grunde der verschiedentlichen Entscheidung Julians zu geben. Der Grund ist wohl in der Lehre von den Impensenansprüchen zu suchen. Die

---

[1]) Zustimmend v. Tuhr, Actio de in rem verso 272 fg. — [2]) a. a. O. 39 unten. — [3]) Afric. 17 § 3 D. 15, 3. — [4]) Wir werden somit auch bei Paul. 17 §§ 4. 5 D. 14, 3 die condictio de peculio und die condictio de patrimonii domini zu unterscheiden haben. Der § 4 unterscheidet Version in peculium und in rem domini. Daß die condictio in § 5 eine wahre Bereicherungsklage ist, nimmt auch an Mitteis, Condictio generalis, Jherings Jahrb. 39, 170. Vgl. noch v. Mayr, Condictio 248 fg. und oben Bd. I 131 [3]. Über die Scheidung zwischen peculium und patrimonium domini vgl. neuestens Eisele, Zum römischen Sklavenrecht, Z. d. S.St. XXVI 74 fg. Und dasselbe muß wohl auch gelten für die actio de peculio und die actio de eo quod in rem domini versum sit, trotzdem hier nur una actio (§ 4 b J. 4, 7) vorliegt: der Unterschied kommt eben in der verschieden gefaßten condemnatio zum Ausdruck. Vgl. Lenel, Édit I 324. — [5]) Vgl. oben S. 222 [3] und S. 133 [2. 4].

Impensenansprüche gehören zu den Ansprüchen, welche nur exzeptionsweise und nicht aktionsweise geltend gemacht werden konnten.[1]) Dabei ist zu bemerken, daß die Inädifikation zunächst nicht unter den Begriff der Impensen fällt.[2]) Bei Julian 33 D. 12, 6 handelt es sich aber mit Ausnahme des Schlußsatzes lediglich um die Inädifikation.[3]) So kann man mit voller Berechtigung die ausführliche Erörterung Julians gerade hierauf beziehn. In dem Schlußsatze des Fragmentes 33 D. 12, 6 handelt es sich dagegen zweifellos um Impensen, und auch hier verweigert Julian auf das bestimmteste die condictio, während er sie in 60 D. 30 gewährt. Vergleichen wir beide Entscheidungen, so ergibt sich, daß in 33 D. 12, 6 es sich um Impensenersatz gegenüber der Vindikationsklage handelt, dagegen in 60 D. 30 um Impensenersatz gegenüber einem obligatorischen Anspruch (des Fideikommissars auf Grund der extraordinaria cognitio). Daß der Vindikationsklage gegenüber der Impensenanspruch nur retentionsweise (ope exceptionis doli) geltend gemacht werden durfte, scheint man beständig festgehalten zu haben.[4]) Es läßt sich dieser Standpunkt sehr wohl dogmatisch rechtfertigen.[5]) Einer obligatorischen Klage gegenüber gab

[1]) Vgl. Pernice, Labeo II [2], 1 S. 252 fg. 254. 380, Girard, Droit romain [4] 341 [3]. Daß in manchen Fällen ein Anspruch auf Impensenersatz überhaupt nicht erhoben werden kann, darüber vgl. Voigt, Condictiones 390 [335]. — [2]) Pernice a. a. O. 381 fg. — [3]) Julian hat sich auch sonst mit diesem Fall beschäftigt gerade mit Rücksicht auf die Inädifikation: Iul. bei Ulp. 37 D. 6, 1. Vgl. Pernice, Labeo II [2], 1 S. 384/385. — [4]) Vgl. Pernice, Labeo III 248 [2] und Labeo II [2], 1 S. 256 fg., Girard, Droit romain [4] 341 [3] mit Berufung auf Iul. 33 D. 12, 6. — [5]) Vgl. oben Bd. I 92 fg. Voigt, Condictiones 645 [570] charakterisiert den Standpunkt folgendermaßen: „Wird die Bereicherung mit Impensen durch einfache juristische Handlung des Impendierenden vermittelt, so hat gar keine condictio ob causam statt, sondern lediglich retentio.“ Naber, Observat. de iure romano, Mnemosyne XX 105 meint, daß Julian 33 D. 12, 6 die condictio nicht gebe, weil er die condictio possessionis, welche hier in Betracht käme, noch nicht kenne. Naber gesteht selbst zu, daß gegen seine Auffassung Iul. 19 § 2 D. 43, 26 spreche; er nimmt aber an (S. 104), daß hier die condictio incerti für die actio incerti interpoliert sei. Wir haben uns damit schon beschäftigt (oben S. 98 fg.) und uns da-

man dagegen zur Realisierung des Impensenanspruches nicht bloß das Retentionsrecht, sondern auch die condictio. In diesem Falle nähert sich das Retentionsrecht dem Kompensationsrechte.[1]) Es ist recht bezeichnend, daß bei nicht geltend gemachter Kompensation einer aktionsmäßigen Forderung die römischen Juristen nicht die condictio, sondern die ursprüngliche Kontraktsklage geben.[2]) In unserem Falle war dies nicht möglich, da der Impensenanspruch kein aktionsmäßiger Anspruch ist. Wollte man daher den Impensenanspruch gegenüber einer obligatorischen Klage zu einem aktionsmäßigen machen, so mußte man notgedrungen zur condictio greifen. Und diese Auffassung ist auch durchgedrungen.

Wir kehren nunmehr zur condictio impensarum zurück.

Zweifellos ist die condictio impensarum anerkannt in dem erörterten Fragmente von Julian 60 D. 30, wo der Erbe von dem Fideikommissar Ersatz der Aufwendungen verlangen kann.[3]) Denselben Grundsatz wiederholt

> Marcian 40 § 1 D. 12, 6 Si pars domus, quae in diem per fideicommissum relicta est, arserit ante diem fideicommissi cedentem et eam heres sua impensa refecerit, deducendam esse impensam ex fideicommisso constat

---

gegen ausgesprochen. Daß in 33 D. 12, 6 die condictio possessionis in Betracht komme, wird heute auch allgemein verworfen (oben S. 191 [1]). Trampedach a. a. O. Z. d. S. St. XVII 114 fg. meint, daß Julian in 33 D. 12, 6 die condictio versage, weil das erforderliche negotium fehle. Vgl. dagegen oben S. 223 [1]. Paulus 14 § 1 D. 10, 3 begründet das Eingreifen nur des Retentionsrechtes damit, daß der Impendierende in diesem Falle niemanden habe obligieren wollen, da er sich selbst für den Eigentümer halte (tantum retentionem habeo, quia neminem mihi obligare volui). Diese Begründung beweist wohl die Richtigkeit unserer Auffassung, wonach bei Ersatz der Aufwendungen zu unterscheiden ist, je nachdem der Anspruch auf Ersatz der vindikatorischen oder einer obligatorischen Klage gegenüber gemacht wird.

[1]) Vgl. oben S. 236 [3 a. E.]. — [2]) oben Bd. I 105 [2]. — [3]) Zustimmend Trampedach a. a. O. Z. d. S.St. XVII 125, Pflüger a. a. O. Z. d. S.St. XVIII 86 und Ciceros Rede pro Q. Roscio 35, v. Mayr a. a. O. Z. d. S.St. XXV 191 [3].

et, si sine deductione domum tradiderit, posse incerti condici, quasi plus debito dederit.

Daß hier die condictio nicht auf das ganze Haus geht[1]), ergibt sich aus unseren Untersuchungen über die Bedeutung der condictio quasi ....[2]) Würden die gemachten Auslagen den Wert des ganzen Hauses übersteigen, so kann der Fideikommissar nicht gezwungen werden, die Auslagen zu ersetzen. Er kann das Haus derelinquieren.[3]) In diesem Falle kann der Erbe das ganze Haus zurücknehmen. Aber hier erhält der Erbe das ganze Haus, nicht um mittelbar den Beklagten zum Ersatz der Auslagen anzuhalten, wie Pflüger[4]) meint, sondern der Erbe erhält das ganze Haus endgiltig. Es würde dieser Fall unter diejenigen Entscheidungen gehören, wo aus besonderen Gründen der Kläger die ganze hingegebene Sache zurückbekommt.[5])

Ob die bei Pap. 5 § 1 D. 50, 15 erwähnte actio die condictio ist, läßt sich nicht entscheiden. Es handelt sich darum, daß der Fiduziar eines Grundstücks dem Fideikommissar das Grundstück ausantwortet, ohne die bezahlten Steuern in Abzug gebracht zu haben. Die gezahlten Steuern kann man sehr wohl als Aufwand betrachten. Nach einer Entscheidung des Kaisers Antoninus Pius wird dem Fiduziar die Klage gegeben. Die condictio wird nicht ausdrücklich genannt; aber ein echter „Bereicherungsfall“ liegt wohl vor.[6])

Ferner steht dem Ehemanne die condictio zu auf Ersatz der für die dos gemachten Aufwendungen.

Ulp. 5 § 2 D. 25, 1 Si dos tota soluta sit non habita ratione inpensarum, videndum est, an condici possit id, quod pro impensis necessariis compensari solet. et Marcellus admittit condictioni locum esse: sed et-

---

[1]) Dies behauptet Pflüger a. a. O. und Ciceros Rede pro Q. Roscio 35. Vgl. oben Bd. I 97[2]. — [2]) oben S. 143 fg. — [3]) Vgl. Cels. 38 D. 6, 1 und dazu Erman, P. Iuventius Celsus und das Kammergericht, Grünhuts Zeitschrift XXXI 569 fg. sowie Entstammt BGB. § 226 Tribonian oder Celsus?, Z. d. S.St. XXV 352 fg., Pernice, Labeo II[2], 1 S. 61[2]. 293. 294. 388[1]. — [4]) a. a. O. — [5]) Vgl. oben S. 154 fg. — [6]) So auch Voigt, Condictiones 646 oben.

si plerique negent, tamen propter aequitatem Marcelli sententia admittenda est.

Es handelt sich um die Frage, ob der Ehemann wegen der impensae necessariae die condictio hat, wenn er die dos ohne Abzug der Aufwendungen ausgeantwortet hat. Daß dem Manne ein Retentionsrecht wegen der impensae necessariae zusteht, ist zweifellos[1]); es gibt dies auch Ulpian an mit den Worten quod pro impensis necessariis compensari solet.[2]) Eine andere Frage ist es, ob bei unterlassener Retention dem Ehemanne die condictio zustehn solle. Nun haben wir gesehn, daß die Impensenansprüche überhaupt als nicht vollgiltige Ansprüche betrachtet werden; sie können ope exceptionis, aber nicht mit der actio verfolgt werden.[3]) Daraus erklärt es sich, daß man der Vindikationsklage gegenüber nur die Retention, nicht die condictio gab.[4]) Es ist nun wohl natürlich, daß auch einer obligatorischen Klage gegenüber nicht sofort die aktionsmäßige Verfolgung der Impensenansprüche anerkannt wurde. Namentlich in dem Dotalverhältnis mußte man in dieser Frage Bedenken haben.[5]) Der Ehemann wird zwar Eigentümer der dos, aber doch mit der Maßgabe, daß er die dos wieder herausgeben muß. So ist der Ehemann fast nicht vollgiltiger Eigentümer der dos; mit Recht hat man ihn einen nur „fiduziarischen Eigentümer“[6]) der dos genannt. Um diese Frage handelt es sich auch in dem Ulpianischen Fragment, ob dem Ehemann nur die retentio oder auch die condictio zuzubilligen ist. Die Frage: retentio oder auch condictio, wird überhaupt von den Juristen eifrig behandelt.[7]) Daher möchten

[1]) Paul. 5 § 2 D. 23, 4, Vat. 120. Vgl. Pernice, Labeo I 386 [20]. II [2], 1 S. 386 [1]. — [2]) Über die Auffassung der retentio unter dem Gesichtspunkt der Kompensation vgl. oben S. 236 [3 a. E.]. — [3]) Vgl. oben S. 243 [1]. — [4]) Vgl. oben S. 243 [4]. — [5]) Die Impensen, welche sich als Unkosten der Nutzung der dos darstellen, können bekanntlich nicht einmal von dem Manne in Abzug gebracht, geschweige denn kondiziert werden. Vgl. Nerat. 15. 16 D. 25, 1, v. Petražycki, Einkommen I (1893) 294 fg., Pernice, Labeo II [2], 1 S. 387 [2]. — [6]) Pernice, Labeo II [2], 1 S. 386. Vgl. Labeo III 138 [4]. — [7]) Iul. 33 D. 12, 6 (oben S. 219), Iul. 60 D. 30 (oben S. 221), Pap. 48 D. 6, 1 (oben Bd. I 93), Paul. 14 D. 44, 4 (oben Bd. I 93), Pomp. 51 D. 12, 6 (oben Bd. I 94). Vgl. auch oben S. 222 fg.

wir nicht annehmen, als ob in unserem Ulpianischen Fragment (5 § 2 D. 25, 1) die Frage aufgeworfen wird, ob die condictio „ausgedehnt" werden könne auf ein facere oportere (Impensenanspruch)[1]) im Gegensatz zum dare oportere, welches in der Regel die intentio der condictio bildet. Vielmehr handelt es sich um die Frage, ob überhaupt für den vorliegenden Fall der Impensenanspruch klagweise geltend gemacht werden kann oder nur retentionsweise (ope exceptionis). Für die Anerkennung oder Nichtanerkennung der sog. condictio incerti im Gegensatz zur condictio certi scheint uns daher die Ulpianische Entscheidung belanglos, und die Zweifel der römischen Juristen bezogen sich nicht darauf. Mit welcher Klage man vorzugehn habe, darüber stritt man nicht. Offenbar hatte man keine Bedenken, daß hier die condictio einzugreifen habe, sofern man überhaupt die klagweise Geltendmachung des Impensenanspruches anerkannte. Daß die Frage nicht sich darum drehte, ob die condictio „ausgedehnt" werden sollte auf ein sog. incertum bzw. auf ein facere, ergibt sich schon daraus, daß in unserem Ulpianischen Fragmente (5 § 2 D. 25, 1) von der condictio schlechtweg und nicht von der condictio incerti die Rede ist. Aber selbst wenn das letztere der Fall wäre, würde dies ohne Bedeutung sein, da der Zusatz incerti bei der condictio anerkanntermaßen interpoliert ist.[2]) Da die sog. condictio incerti uns große Schwierigkeiten bereitet, so sind wir geneigt, auch dort Aufschluß darüber zu suchen, wo derselbe nicht zu finden ist. In unserem Ulpianischen Fragment wird nicht über die „Ausdehnung" der condictio zu einer sog. condictio incerti gestritten, sondern über die condictio überhaupt im Gegensatz zum Retentionsrecht. Pflüger[3]) meint, der Streit der Juristen drehe sich um die Frage, ob das ganze Fideikommiß kondiziert werden könne. Manche Juristen, namentlich auch Papinian 7 § 4 D. 33, 4 seien dagegen, Marcellus und Ulpian hätten sich aber aus

---

[1]) Dies nimmt an Trampedach a. a. O. Z. d. S. St. XVII 119. 120. — [2]) Vgl. oben S. 45 [6]. — [3]) a. a. O. Z. d. S.St. XVII 87 unten und Ciceros Rede pro Q. Roscio 35 [56]. Daß Pomponius (3 § 10 D. 35, 3) keineswegs die Pflügersche Auffassung gehabt hat, haben wir bereits an anderer Stelle (oben S. 164 fg.) auszuführen gesucht.

Billigkeitsrücksichten dafür ausgesprochen. Daß von der Kondizierung des ganzen Fideikommisses nicht die Rede sein könne, haben wir bereits ausgeführt.[1]) Gegen eine solche Auffassung spricht auch in unserer Ulpianischen Entscheidung (5 § 2 D. 25, 1), die Ausdrucksweise id quod pro impensis necessariis compensari solet, für deren Interpolation[2]) wir keinen Anhalt haben.

Wir kommen nunmehr auf die prozessualische Behandlung der condictio impensarum. Was die Frage betrifft, in welcher Weise der Gegenstand der condictio bestimmt wurde, so bietet uns die condictio impensarum keinen besonderen Anhalt für eine Erörterung dieser Frage. Aber das Material der condictio impensarum steht auch nicht im Widerspruch mit dem, was wir für diese Frage bei der condictio possessionis festgestellt haben.[3]) Daher dürfen wir behaupten, daß die intentio der condictio impensarum in analoger Weise der condictio possessionis gestellt war auf impensas reddere debere. Damit war wiederum eine condictio auf facere oportere anerkannt. Aber gerade bei der condictio impensarum scheint es üblich gewesen zu sein, die Aufwendungen schon in iure in Geld abzuschätzen. So wurde im arbitrium in iure nicht nur festgestellt, daß die gemachten Aufwendungen die „Bereicherung" des Beklagten darstellen, und daß daher der Kläger Ersatz dieser Aufwendungen verlangen kann, sondern es wurde in iure auch der geldmäßige Wert dieser Aufwendungen festgestellt. Die Folge davon war, daß in diesem Falle nunmehr die condictio schon auf den festgestellten bestimmten Geldbetrag gerichtet wurde als condictio certae pecuniae.[4]) Schon Trampedach[5]) nimmt an, daß „die Impensen in vielen Fällen eine runde Summe, also geradezu certa pecunia, betragen werden", und schließt daraus, daß hier „die Formel auf dare oportere gerichtet gewesen ist". Die

---

[1]) oben S. 164 fg. — [2]) Diese behauptet Pflüger a. a. O. — [3]) oben S. 192 fg. — [4]) Analog wie bei der condictio possessionis. Vgl. oben S. 207 fg. — [5]) a. a. O. Z. d. S.St. XVII 133 [2].

Feststellung der Geldsumme überläßt Trampedach offenbar dem Selbstschätzungsrechte des Klägers.[1]) v. Mayr[2]) nimmt mit Trampedach an, daß die condictio impensarum vielfach auf eine „runde Summe, auf certa pecunia, gerichtet worden sei". Aber v. Mayr verhehlt sich nicht, daß der Kläger nicht immer imstande war, die Aufwendungen in einer runden Summe anzugeben. Daher nimmt v. Mayr[3]) an, daß in den Fällen, in denen „die Berücksichtigung der verschiedenen Qualität der vererbten oder verbrannten oder der zu restituierenden oder neuerrichteten Gebäude eine komplizierte Berechnung erforderten", die „quasi-condictio" eingegriffen habe. v. Mayr[4]) verwirft zwar für die condictio impensarum die Auffassung von Pflüger, wonach die quasi-condictio die Bedeutung gehabt habe, daß die condictio auf die ganze hingegebene Sache gerichtet wurde, und nun auf Grund des quanti ea res est der Formel der Ausgleich der widerstreitenden Interessen durch den iudex erfolgte.[5]) v. Mayr nimmt daher an (ähnlich wie Trampedach), daß die condictio impensarum „als condictio certi denkbar" war.[6]) Die sog. quasi-condictio hatte dann wohl die Aufgabe, die Aufwendungen als „Zahlung" erscheinen zu lassen. Denn wenn der A das Haus tradiert ohne Abzug der Aufwendungen, so „zahlt" er das Haus, nicht aber die Aufwendungen. Insofern war der Ausdruck condictio quasi schon berechtigt.[7]) Aber es ist nicht ersichtlich, wie die condictio quasi die Auffassung der Impensen als certum vermitteln sollte. Galt die Herausgabe der Sache ohne Abzug der Impensen als „Zahlung" der Impensen, so war damit die condictio quasi indebiti soluti[8]) gerechtfertigt. Aber die Höhe der Impensen war damit nicht bestimmt. Es mußte also der Kläger entweder die condictio auf impensas reddere oportere richten, oder es mußte eine Schätzung der impensae schon in iure stattfinden.[9]) War das letztere eingetreten, so wurde die condictio in der Litiskontestation schon

[1]) Vgl. oben S. 31 und unten § 17. — [2]) a. a. O. Z. d. S.St. XXV 200 [5]. — [3]) a. a. O. 200 [6]. 202 [10]. — [4]) a. a. O. 219 [11]. — [5]) oben S. 140 fg. — [6]) a. a. O. 220 [1]. — [7]) Vgl. auch oben S. 161. — [8]) Vgl. oben S. 161 [2]. — [9]) Dies war zulässig, wie in der Literatur zugegeben wird. Vgl.

auf certa pecunia gestellt. Einer „Dehnung“ des certum oder des dare oportere bedurfte es nicht mehr: denn nun lag ja eine condictio certae pecuniae vor. Über den Schätzungsmodus bei der condictio impensarum hören wir nichts in unseren Quellen. Dies spricht wohl dafür, was wir bereits ausgeführt haben [1]), daß es üblich war, schon in iure die Abschätzung der Aufwendungen in Geld vorzunehmen. Richtete man dagegen die condictio ohne solche Geldschätzung auf impensas reddere debere, so daß die Geldschätzung auf Grund des quanti ea res est der Formel im iudicium erfolgen mußte, so fragt es sich, was hier unter dem quanti ea res est verstanden wurde. Umfaßte das quanti ea res est den Sachwert der Impensen oder das „Interesse“? Wir haben für die condictio possessionis diese Frage eingehend untersucht.[2]) Da aber allgemein der Impendierende als Ersatz der impensae necessariae den Ersatz des vollen „Interesse“ beanspruchen kann [3]), so stehn wir nicht an, auch für die condictio impensarum zu behaupten, daß bei der Schätzung auf Grund des quanti ea res est der Formel der Sachwert der Impensen identisch ist mit dem „Interesse“ des Klägers, wie wir diesen Schätzungsmodus bei der condictio possessionis angetroffen haben.[4]) Damit haben wir dann auch eine Erklärung dafür gefunden, wie man in nachklassischer Zeit die condictio impensarum

---

oben S. 209 [1]. Man kann nur Zweifel haben, ob diese Schätzung auf Grund des klägerischen Selbstschätzungsrechtes erfolgte (oben S. 31) oder auf Grund eines Schätzungsverfahrens (arbitrium in iure). Vgl. unten § 17, I.

[1]) oben S. 248. — [2]) oben S. 215 fg. — [3]) Paul. 4 D. 25, 1 Et in totum id videtur necessariis impensis contineri, quod si a marito omissum sit, iudex tanti eum damnabit, quanti mulieris interfuerit eas impensas fieri. Mit Recht bemerkt v. Petražycki, Einkommen I 304: „Der Umfang des Ersatzes [sc. der impensae necessariae] wird also auf die tatsächliche Bereicherung des Nachfolgers nicht beschränkt.“ Natürlich gebraucht v. Petražycki den Ausdruck „Bereicherung“ in dem Sinne der herrschenden Ansicht, während wir annehmen (unten § 23), daß die „Bereicherung“ in verschiedener Weise bemessen wird. Daher bleibt nach unserer Auffassung die condictio impensarum eine „Bereicherungsklage“, trotzdem wir die Bereicherung anders bemessen. — [4]) oben S. 215 fg.

eine condictio incerti benennen konnte, was wir analog schon für die condictio possessionis ausführlicher begründet haben.[1]) Daß die Benennung der condictio impensarum mit condictio incerti erst in nachklassischer Zeit erfolgte, wird unterstützt dadurch, daß der Zusatz incerti bei der condictio impensarum nicht immer hinzugefügt ist.[2]) Es wird daher mit Recht heute allgemein angenommen, daß die Zusätze certi und incerti bei der condictio durchgängig auf Interpolation beruhn.[3])

3. Die condicto operarum und die condictio habitationis. Von beiden Fällen der condictio melden die Quellen nicht viel. Aber doch wirft die condictio operarum ein charakteristisches Licht auf die Frage nach dem Gegenstande der condictio. Es kommt in Betracht das vielerörterte Fragment von

Ulp. 26 § 12 D. 12, 6 Libertus cum se putaret operas patrono debere solvit: condicere eum non posse, quamvis putans se obligatum solvit, Iulianus libro decimo digestorum scripsit: natura enim operas patrono libertus debet. sed et si non operae patrono sunt solutae, sed, cum officium ab eo desideraretur, cum patrono decidit pecunia et solvit, repetere non potest. sed si operas patrono exhibuit non officiales, sed fabriles, veluti pictorias vel alias, dum putat se debere, videndum an possit condicere. et Celsus libro sexto digestorum putat eam esse causam operarum, ut non sint eaedem neque eiusdem hominis neque eidem exhibentur: num plerumque robur hominis, aetas temporis opportunitasque naturalis mutat causam operarum, et ideo nec volens quis reddere potest. sed hae, inquit, operae recipiunt aestimationem: et interdum licet aliud praestemus, inquit, aliud condicimus: ut puta fundum indebitum dedi et fructus condico: vel hominem indebitum, et hunc sine fraude modico distraxisti, nempe hoc solum refundere debes, quod ex pretio habes: vel meis sumptibus pretio-

---

[1]) oben S. 217. — [2]) sondern nur bei Iul. 60 D. 30 und Marcian 40 § 1 D. 12, 6, während Marcell. bei Ulp. 5 § 2 D. 25, 1 schlechtweg von der condictio spricht. — [3]) oben S. 45 [3–6].

siorem hominem feci, nonne aestimari haec debent? sic et in proposito, ait, posse condici, quanti operas essem conducturus rel.

Nach den zutreffenden Ausführungen von Mitteis[1]) gipfelt der Grundgedanke des ganzen Fragmentes darin, daß: „Eigentlich sind alle operae ihrer Natur nach eine nur gedachte Sache, die man nicht eigentlich restituieren kann. Bei den Freigelassenendiensten kommt noch hinzu, daß sie höchstpersönlicher Natur sind. Anders steht dies bei Handwerksarbeit; diese ist so fungibler Natur, daß man sie (obwohl auch sie nicht in rerum natura ist) doch einem anderen delegieren kann. Wie nun, wenn vom Freigelassenen Handwerksarbeit gefordert wird? Dann würde wohl auch diese einem andern delegiert werden können." Desgleichen halten wir im Gegensatz zur herrschenden Ansicht[2]) durch Mitteis[3]) für erwiesen, daß alle Dienstleistungen des Freigelassenen operae officiales sind, und daß die operae fabriles nur als eine Unterart der operae officiales gelten. Die Dienstleistungen des Freigelassenen an den Patron können nun als officiales niemals zurückgefordert werden, da sie eine naturalis obligatio vorstellen.[4]) Eine andere Frage ist es, ob Dienstleistungen des freien Handwerkers kondiziert werden können, und wie sich die Sache praktisch gestaltete. Diese Frage behandelt Celsus in unserem Fragmente.[5]) Celsus führt aus, daß operae kondiziert werden können, da sie schätzbar sind (hae recipiunt aestimationem). Celsus fährt in seiner Erörterung fort und fragt, was Gegenstand der condictio sei. Man möchte nun die Antwort erwarten, daß Celsus die operae als Gegenstand der condictio bezeichne. Dann wäre die intentio der

[1]) Operae officiales und operae fabriles, Z. d. S.St. XXIII 152. — [2]) Vgl. insbesondere Karlowa, Röm. Rechtsgesch. II 145fg. — [3]) a. a. O. 155—157. Pernice, Labeo III 210 [2, 1] hat die Widersprüche in den Quellenentscheidungen (oben Bd. I 43 [2]) schon bemerkt, schloß aber mit Resignation: „Ich weiß keine Lösung." Die Lösung gibt jetzt Mitteis. Dagegen vermögen wir nicht die Lösung zu billigen, welche Pflüger, Ciceros Rede pro Q. Roscio 28 [50] gibt. Vgl. darüber oben den Text. — [4]) oben Bd. I 43 [2]. — [5]) Vgl. Mitteis a. a. O. 154. 155 [1, 2].

Formel auf operas reddere oportere gerichtet gewesen, und der iudex hätte den Beklagten auf Grund des quanti ea res est der Formel zu verurteilen auf eine solche Geldsumme, wie viel die operae für den Kläger wert seien. Denn in natura ist der Beklagte gar nicht imstande, die operae zu restituieren (nec volens quis reddere potest sagt Celsus in unserem Fragmente 26 § 12 D. 12, 6). Der Sachwert der operae würde somit durch das „Interesse" des Klägers vorgestellt sein. Die Frage würde dieselbe Antwort erhalten wie bei der condictio possessionis.[1]) Aber Celsus antwortet nicht so, sondern sagt, daß der Kläger zu kondizieren habe: quanti tu conducturus esses. Will man mit dem „Interesse" operieren, so würde dies das Interesse des Beklagten bedeuten. Da muß man freilich sofort fragen, wie der iudex dazu kommen soll, auf Grund des quanti ea res est der Formel den Beklagten in Höhe des Interesses des Beklagten zu verurteilen. Dergleichen wäre allem zuwider, was wir von der Höhe der Geldkondemnation wissen. Celsus sagt auch gar nicht, daß die condictio auf die operae zu richten sei, sondern auf das quanti tu conducturus esses. Damit ist aber zweifellos die Vermögensvermehrung (die „Bereicherung") auf seiten des Beklagten bezeichnet. Ist aber die condictio auf diese Vermögensvermehrung des Beklagten zu richten[2]), dann muß sie in der intentio der Formel angegeben und also in iure schon bekannt sein. Man müßte andernfalls annehmen, daß in die intentio der Formel ausdrücklich die Worte quanti tu esses conducturus aufgenommen wurden, wie dies in der Literatur in der Tat behauptet worden ist.[3]) Dann wäre der iudex auf Grund dieser Anweisung ermächtigt, den Beklagten auf die „Bereicherung" zu verurteilen. Aber eine Formelfassung mit quanti tu esses conducturus wäre wohl eine condictio mit unbestimmter intentio. Und gegen eine unbestimmte intentio bei der condictio

---

[1]) Vgl. oben S. 215 fg. — [2]) Die condictio ist aber immer direkt auf den Gegenstand der Klage zu richten; und nicht kann der Gegenstand der Klage erst in iudicio festgestellt werden. Vgl. G. IV 33 und oben S. 15. 205. — [3]) Von Baron, Condictionen 230 [17], Bekker, Aktionen I 110 [32]. Vgl. oben S. 17 [2. 5].

müssen wir uns mit aller Entschiedenheit aussprechen.[1]) So werden wir geradezu dahin gedrängt, ein arbitrium in iure anzunehmen, dessen Aufgabe es war, den Gegenstand der condictio festzustellen.[2]) Für den von Celsus behandelten Fall aber (es handelt sich um die condictio indebiti) ergibt sich, daß nicht die operae bzw. deren Wert der Gegenstand der condictio sind, sondern die Vermögensvermehrung auf seiten des Beklagten. Die Haftfrage wird somit im arbitrium in iure entschieden.[3]) Wir haben also in unserem Celsinischen Falle gar nicht eine condictio operarum vor uns, sondern eine condictio certae pecuniae auf Grund von irrtümlicher Leistung nicht geschuldeter operae.[4])

Man wird nun die Frage aufwerfen, ob die condictio operarum nach unserer Auffassung analog behandelt wurde wie die condictio possessionis.[5]) Wir glauben dies. War die condictio auf die operae gerichtet, dann lautete die intentio der Formel:

Si paret $N^m$ $N^m$ $A^o$ $A^o$ illas operas d. q. a. reddere oportere.

Auf dare oportere möchten wir die intentio nicht stellen, da Celsus selbst von reddere spricht (nec volens reddere

[1]) Vgl. oben S. 17 [2]. — [2]) Vgl. darüber ausführlich unten § 17, II. — [3]) Vgl. unten § 23. — [4]) Dazu neigte auch Pflüger a. a. O. Z. d. S.St. XVII 105, während er jetzt eine andere Auffassung vertritt. Vgl. oben im Text. Trampedach a. a. O. Z. d. S.St. XVII 130 und v. Mayr a. a. O. Z. d. S.St. XXV 199 [8] nehmen an, daß die condictio operarum eine condictio certi und daher auf dare oportere gerichtet war. Trampedach meint, daß Celsus nicht die operae selbst als certa res ansah, „sondern die Möglichkeit einer sichern aestimatio der operae führt erst auf die Behandlung der letzteren als certa res". Wir nehmen auch an, daß in dem Celsinischen Falle die condictio auf dare oportere gerichtet war, aber deshalb, weil die condictio hier nicht auf die operae ging, sondern auf eine im arbitrium in iure festgestellte bestimmte Geldsumme (certa pecunia). In anderen Fällen konnte natürlich die condictio auf operae gerichtet sein, und dann galten die operae selbst als certa res. Es ist nicht ersichtlich, warum nicht die operae als certa res gelten sollen, wie Trampedach annimmt, nachdem Celsus ausdrücklich deren Schätzbarkeit hervorgehoben hat (hae recipiunt aestimationem). — [5]) Vgl. oben S. 192 fg.

potest). Es handelt sich nicht um die Einklagung der Dienstleistungen, wo die intentio der Klage auf dare oportere ging[1]), sondern um Rückforderung der durch die Dienstleistungen hervorgerufenen Bereicherung. Wie der Sachwert der operae in diesem Falle berechnet wurde, davon hören wir nichts. Aber wir dürfen wohl schließen, daß hier analog wie bei der condictio possessionis der Sachwert der operae durch das Interesse des Klägers vorgestellt wurde. Natürlich konnte hier, wie bei der condictio possessionis[2]), das Interesse des Klägers auch vorweg im arbitrium in iure in Geld geschätzt werden, und nun die condictio als condictio certae pecuniae auf diese Schätzungssumme gerichtet werden. Wenn man aber einwerfen wollte, daß die condictio operarum augenscheinlich nicht ebenso behandelt wurde wie die condictio possessionis, da die condictio possessionis direkt auf die possessio gerichtet war, während in unserem Celsinischen Falle (26 § 12 D. 12, 6) die condictio nicht auf die operae, sondern auf eine durch arbitrium in iure festgestellte Geldsumme ging, so ist die Erklärung dieser scheinbaren Verschiedenheit nicht schwer. In den angeführten[3]) Fällen der condictio possessionis besteht die Vermögensvermehrung auf seiten des Beklagten in dem Besitze, während in unserem Celsinischen Falle die Vermögensvermehrung auf seiten des Beklagten in dem Werte der Dienste für den Beklagten besteht. Aber es kann sehr wohl der Fall vorkommen, wo die Vermögensvermehrung auf seiten des Beklagten in dem Sachwert der operae besteht und nicht bloß in dem Werte der operae für den Beklagten. In diesem Falle würde die condictio auf die operae mit der angegebenen Formelfassung gerichtet sein. Wenn z. B. der Beklagte wußte, daß ihm die operae nicht geschuldet werden und er sie doch sich leisten läßt, so haftet er mit der condictio ex causa furtiva[4]) sogar auf den höchsten Sachwert, welchen die operae für den Kläger haben.[5]) Ob also die

---

[1]) Demelius, Schiedseid 41, Pernice, Labeo III 85[4]. 210. — [2]) Vgl. oben S. 207 fg. — [3]) oben S. 181 fg. — [4]) arg. Scaev. 18 D. 13, 1. Vgl. unten § 23. — [5]) arg. Ulp. 8 § 1 D. 13, 1. Vgl. unten § 23.

condictio direkt auf die operae zu richten ist oder auf Mehr oder auf Weniger, das hängt von der Regelung der Haftfrage ab, über welche im arbitrium in iure entschieden wird. Die Haftfrage wird aber verschiedentlich bemessen: nicht, je nachdem es sich um eine generelle oder spezielle Sache[1]), um ein dare oder facere oportere handelt, sondern je nachdem der Beklagte von der ihm eventuell bevorstehenden Verpflichtung zur Herausgabe der Vermögensvermehrung wußte oder nicht wußte oder gar der Beklagte sich in dolo befand.[2])

Unsere Celsinische Entscheidung (26 § 12 D. 12, 6) ist mit der herrschenden Ansicht vollständig unvereinbar. Denn wenn die condictio auf die operae gestellt wurde als Gegenstand der empfangenen Vermögensvermehrung, so ist es vollständig unerklärlich, wie der iudex dazu kommen sollte, auf Grund einer solchen intentio den Beklagten auf das quanti tu conducturus esses zu verurteilen.

Man könnte im Gegensatz zu unserer Auffassung folgende Erklärung unserer Celsinischen Entscheidung (26 § 12 D. 12, 6) vertreten. Die condictio gehe auf die operae, sei eine condictio operarum. Mit dem quanti tu esses conducturus sei aber der Sachwert der operae bezeichnet. Der Sachwert der operae bestehe in dem Interesse des Beklagten, weil der Beklagte nicht imstande sei, die operae in natura zu restituieren (nec volens reddere potest). Mit dem quanti tu esses conducturus sei lediglich der Schätzungsmodus der operae angegeben, welcher sich aus der besonderen Natur der operae erkläre. Die condictio sei daher in unserem Falle eine condictio certae rei, gerichtet auf operas reddere oportere. Diese Erklärung wäre an sich zulässig[3]), wenn nicht die Beispiele, welche

[1]) Dies nimmt die herrschende Meinung an. Vgl. unten § 20. — [2]) Vgl. darüber ausführlich unten § 23. — [3]) Sie wird jetzt vertreten von Pflüger, Ciceros Rede pro Q. Roscio 23 fg. Unseren Einwand, den wir im Text dagegen erheben, sucht Pflüger S. 25 damit zu beseitigen, daß er eine weitgehende Interpolation annimmt, wonach der Jurist dem Gedanken hat Ausdruck geben wollen, „daß man häufig etwas anderes ersetzt, verlange und ersetzt bekomme, als man kondiziere, d. h. in der intentio der condictio nenne“. Unser Fragment ist

Celsus anführt, dagegen sprechen würden. Denn wenn Celsus sagt, daß bei der condictio hominis indebiti der Beklagte eventuell nur zu leisten habe quod ex pretio habet, so muß notwendig dieser Bestand der Vermögensvermehrung des Beklagten in einem arbitrium in iure festgestellt sein, sofern der Kläger darauf die condictio richten soll.[1])

Für die condictio habitationis dürfen wir analog dasselbe annehmen, was wir von der condictio operarum ausgeführt haben.[2]) Es wird dies ausdrücklich bestätigt durch

Paul. 65 § 7 D. 12, 6 Sic habitatione data pecuniam condicam, non quidem quanti locari potuit, sed quanti tu conducturus fuisses.

Die Vermögensvermehrung auf seiten des Beklagten ist hier identisch mit dessen Interesse. Daher ist die condictio auf eine Geldsumme zu richten, welche dem „Interesse" des Beklagten entspricht. Auch hier müssen wir annehmen, daß diese Geldsumme im arbitrium in iure festgestellt wurde. Wie sollte auch der Kläger durch Selbstschätzung[3]) diesen Gegenstand der condictio bestimmen können. In unserer Paulinischen Entscheidung liegt also wiederum eine condictio certae pecuniae vor. Würde ein anderer Kondiktionsfall vorliegen, in welchem die Vermögensvermehrung des Beklagten höher bemessen wird z. B. durch die habitatio selbst, dann würde die condictio auf

---

ja wahrscheinlich von Ulpian und vielleicht auch von den Kompilatoren zurechtgemacht (vgl. auch Mitteis a. a. O. 152 unten); in welchem Zusammenhange Celsus seine ursprünglichen Ausführungen gemacht hat, läßt sich nicht mehr erkennen. Im 6. Buche seiner Digesten erörtert Celsus Kondiktionenfälle (Lenel, Paling. Celsus 41 fg.). Wie weit aber Interpolationen in unserem Fragmente 26 § 12 D. 12, 6 vorliegen, dafür haben wir keinen Anhalt. Daher können wir die Pflügersche Erklärung nicht für erwiesen halten. Der Abzug der Impensen durch den Beklagten ist auch bei Paul. 65 § 5 D. 12, 6 bezeugt, was Pflüger a. a. O. 22 freilich wieder für interpoliert erklärt. Die Impensen sind hier offenbar die Produktionskosten (vgl. v. Petražycki, Einkommen I 294 fg.). Der partus kann doch auch Viehzucht sein.

[1]) Vgl. unten § 17, II. — [2]) oben S. 251 fg. — [3]) Vgl. oben S. 31.

die habitatio selbst als certa res gerichtet sein[1]), und die Geldkondemnation auf den Sachwert der habitatio gehn, welcher durch das Interesse des Klägers vorgestellt wird. Dies scheint auch Paulus anzudeuten, indem er besonders hervorhebt, daß in dem vorliegenden Fall die „Bereicherung" des Beklagten nicht durch das Interesse des Klägers (non quidem quanti locari potuit), sondern durch das Interesse des Beklagten vorgestellt wird. Denn wenn wir sehn werden, daß die herauszugebende Vermögensvermehrung verschieden bemessen wird, je nachdem der Beklagte von der ihm eventuell bevorstehenden Verpflichtung zur Herausgabe der Vermögensvermehrung wußte oder nicht wußte oder gar der Beklagte sich in dolo befand[2]), so ist dieser Maßstab maßgebend gleichviel, ob die condictio auf ein dare oportere oder ein facere oportere gerichtet ist; gleichviel also, ob es sich um eine sog. condictio certi oder um eine sog. condictio incerti handelt. Daher bedürfen wir nicht der von Pflüger[3]) behaupteten Annahme einer Interpolation.

4. Die condictio servitutis. Diese condictio erwähnt zuerst in seinem Sabinuskommentar

> Pomp. 22 § 1 D. 12, 6 (lib. 22 ad Sab.) Cum iter excipere deberem, fundum liberum per errorem tradidi: incerti condicam, ut iter mihi concedatur.

Daß Pomponius der Schöpfer der condictio servitutis sei[4]), möchten wir annehmen. Pomponius spricht wie von etwas Bekanntem. Aber wie weit diese condictio zeitlich zurückreicht, läßt sich nicht feststellen.

Ferner wird die condictio servitutis erwähnt bei

> Paul. 8 pr. D. 19, 1 Si tibi liberum praedium tradidero, cum serviens tradere deberem, etiam condictio

---

[1]) Auch hier möchten wir annehmen (wie bei der condictio operarum, oben S. 254), daß die Formel nicht gestellt war auf habitationem dare oportere (so Pernice, Labeo III 209 [4], Trampedach a. a. O. 130, v. Mayr a. a. O. Z. d. S.St. XXV 199 [4]), sondern auf reddere oportere. Denn es handelt sich um eine condictio auf facere oportere. — [2]) unten § 23. — [3]) Ciceros Rede pro Q. Roscio 20. Vgl. oben S. 256 [2]. — [4]) So Trampedach a. a. O. Z. d. S.St. XVII 119. Dazu neigt auch v. Mayr a. a. O. Z. d. S.St. XXV 191 [6].

incerti competit mihi, ut patiaris eam servitutem quam debuit, imponi.

Marcian 35 D. 8, 2 Si binarum aedium dominus dixisset eas quas venderet servas fore, sed in traditione non fecisset mentionem servitutis, vel ex vendito agere potest vel incertum condicere, ut servitus imponatur.

Was die prozessualische Behandlung der condictio servitutis betrifft, so müssen wir uns auf das berufen, was wir über die prozessualische Behandlung der condictio possessionis ausgeführt haben.[1]) Insbesondere tritt uns bei der condictio servitutis ständig die indirekte Ausdrucksweise (condicere ut) entgegen. Wir haben nun für die condictio possessionis darzutun versucht[2]), daß die indirekte Ausdrucksweise auf ein Verfahren hinweist, in welchem die possessio als Gegenstand der condictio festgestellt wird. Wir glauben, daß dies auch für die condictio servitutis gelten muß. Wenn es heißt condicam[3]), ut iter mihi concedatur (Pomp. 22 § 1 D. 12, 6), so kann dies nur bedeuten, daß die Bestellung der Servitut der Anspruch ist, welcher dem Kläger zusteht. Würden wir annehmen können, daß die condictio servitutis eine intentio incerta hatte, dann würde der Anspruch auf Servitutbestellung unter das quid veniat in iudicium[4]) fallen. Die intentio der condictio wäre unbestimmt gefaßt, und nun würde im iudicium festgestellt, daß der Beklagte dem Kläger die Servitut zu bestellen hat. Da wir uns aber gegen eine unbestimmte intentio bei der condictio aussprechen müssen, was auch in der Literatur fast einstimmig angenommen wird[5]), so bleibt uns nur der Ausweg, daß wir das erwähnte Verfahren in das Verfahren in iure als arbitrium vor vollzogener Litiskontestation verlegen.

Man kann nun fragen, wie die condictio servitutis nach unserer Auffassung formuliert wurde. Im arbitrium in iure wird festgestellt, daß der Kläger von dem Beklagten

---

[1]) oben S. 192 fg. — [2]) oben S. 199 fg. — [3]) Daß der Zusatz incerti interpoliert ist, wird allgemein angenommen. Vgl. oben S. 45 [4]. Speziell auch v. Mayr a. a. O. Z. d. S.St. XXV 218 [6] — 219 [6]. — [4]) Vgl. unten § 22. — [5]) Vgl. oben S. 17 [2].

die Servitutbestellung fordern kann. Um auf dies Vorverfahren hinzuweisen, wird die indirekte Ausdrucksweise gebraucht. Es kann nun, analog wie bei der condictio possessionis[1]), der Kläger die Litiskontestation auf die Servitut stellen mit der Formelfassung

Si paret N$^m$ N$^m$ A$^o$ A$^o$ servitutem concedere oportere.[2])

Damit ist die condictio servitutis als condictio auf facere-oportere anerkannt. Auf Grund des quanti ea res est der Formel wird dann dem Kläger der Sachwert des servitutem concedere zugesprochen, welcher auch hier[3]) identisch ist mit dem Interesse des Klägers.[4]) Oder es kann auch sofort im arbitrium in iure die Geldschätzung des klägerischen Anspruches vorgenommen, und sodann die condictio auf diese Schätzungssumme als condictio certae pecuniae gerichtet werden.[5])

Trampedach[6]) und v. Mayr[7]) nehmen an, daß die condictio servitutis direkt auf servitutem dare oportere gerichtet war. Daraus schließen beide Autoren, daß die condictio servitutis keine Ausnahme von dem grundsätzlichen Kondiktionentypus macht: auch die condictio servitutis sei eine condictio certi, da sie auf dare oportere gehe. Zunächst wollen wir hervorheben, daß auch wir die condictio servitutis für eine condictio auf certum halten, aber nicht deshalb, weil die condictio servitutis auf dare oportere gehe, sondern deshalb, weil wir das facere (servitutem concedere) ebenso für ein certum halten wie die certa res. Wir haben auszuführen gesucht[8]), daß die Auffassung der stipulatio auf facere eines certum als stipulatio incerta erst unter dem Einflusse der condictio sich ausgebildet hat. Warum soll die Bestellung einer ganz bestimmten Servitut als etwas Unbestimmtes gelten?

1) oben S. 194[4]. — 2) Es kommt auch die Ausdrucksweise servitutem debere vor (Ulp. 11 § 2 D. 12, 2). — 3) ebenso wie bei der condictio possessionis. Vgl. oben S. 215 fg. — 4) Daß auf Grund der condictio servitutis dem Kläger das volle „Interesse" zugesprochen wurde, nimmt auch Trampedach a. a. O. 134 an. — 5) ebenso wie bei der condictio possessionis. Vgl. oben S. 207. — 6) a. a. O. Z. d. S. St. XVII 128[2]. 133[4]. — 7) a. a. O. Z. d. S. St. XXV 200[1-4]. — 8) oben S. 72.

Man kann nicht einwenden, daß dies deshalb geschieht, weil der Geldwert erst durch Schätzung festgestellt werden muß. Dann müßte die condictio auf eine certa res auch eine condictio auf incertum sein, denn auch hier muß in der Kondemnation erst der Geldwert geschätzt werden. Die actio ex stipulatu[1]) bezieht sich auf ein wirkliches incertum, insbesondere auf die Stipulation cum clausula doli.[2]) Was nun aber das Argument bei Trampedach und v. Mayr betrifft, daß die condictio servitutis deshalb eine condictio auf certum sei, weil die Formel auf dare oportere gehe, so ist darauf folgendes zu erwidern. Daß eine Formelfassung usum fructum dare oportere vorkommt, ist bezeugt.[3]) Da die Kondiktionsformel abstrakt gefaßt war[4]), so dürfen wir annehmen, daß auch die Formel der condictio servitutis auf dare oportere lauten konnte. Aber Trampedach und v. Mayr geben selbst zu[5]), daß dies nur möglich ist bei einer weniger präzisen Auffassung des dare oportere. Denn technisch heißt dare oportere: zum Eigentümer machen.[6]) Wird aber der Beklagte verpflichtet, eine Servitut zu bestellen, so kann man streng genommen von ihm nicht sagen, daß er dare oportere; denn der Beklagte macht nicht den Kläger zum Eigentümer, sondern bestellt nur eine Servitut für ihn. Die Ausdrucksweise dare oportere servitutem beruht somit auf einer Ausdehnung des Begriffs dare. In dem dare steckt also hier ein facere. Und da bleibt es sich ziemlich gleich, ob wir die Formel präzise stellen auf servitutem concedere oportere bzw. servitutem debere oder weniger präzise auf servitutem dare oportere. In dem einen wie in dem anderen Falle liegt eine condictio auf facere oportere vor. Darauf kommt es aber an, ob eine condictio auf facere oportere anerkannt war.[7])

Pflüger[8]) nimmt an, daß bei der condicto servitutis die condictio auf die ganze dem Beklagten hingegebene

---

[1]) Ulp. 24 D. 12, 1. Vgl. oben S. 25. — [2]) Vgl. oben S. 72 [2]. — [3]) Paul. 30 § 5 D. 12, 2, Ulp. 11 § 2 D. 12, 2. — [4]) Vgl. oben S. 33 fg. — [5]) Trampedach a. a. O. 131 fg., v. Mayr a. a. O. Z. d. S.St. XXV 198 fg. — [6]) G. IV 4. Vgl. unten § 21. — [7]) Vgl. oben S. 26. — [8]) a. a. O. Z. d. S.St. XVIII 85.

Sache gerichtet werde, so daß der Beklagte in iudicio gehalten sei, die Servitut zu bestellen, wenn anders er der Verurteilung auf Herausgabe der ganzen Sache entgehn will. Sollte das römische Recht wirklich so drakonisch sein? Der Beklagte ist halsstarrig und will entgegen der Abrede die Servitut an dem gekauften Hause nicht bestellen (35 D. 8, 2); dann soll nach Pflüger der iudex den Beklagten auf Herausgabe des ganzen Hauses bzw. dessen Geldwert verurteilen. Der Beklagte hat doch das Haus soeben erst gekauft und bezahlt. Der einzige Ausweg für Pflüger wäre, die kondemnationsmindernde Wirkung der exceptio anzunehmen. Aber dies behauptet Pflüger nicht. Dieser Ausweg würde auch nur in unseren drei Fällen der condictio servitutis möglich sein. Die Theorie Pflügers in ihrer Gesamtheit wäre selbst bei Annahme dieses Ausweges noch nicht gerettet. Es bleiben vor allem die Nichtdationsfälle, welche der Pflügerschen Theorie trotzen.[1])

5. Die condictio obligationis. Unter den Fällen der condictio obligationis tritt uns vor allem die condictio cautionis entgegen. Es handelt sich hierbei insbesondere um solche Tatbestände, wo der Kläger berechtigt war, durch Geltendmachung des Retentionsrechtes die cautio zu erzwingen. Es konnte der Kautionsberechtigte bei Erhebung der Klage seitens des Gegners auf Leistung diese Leistung von der Kautionsstellung des Gegners abhängig machen, wobei der Prätor ihm behilflich war. Hatte nun der Kautionsberechtigte sein Retentionsrecht nicht geltend gemacht, so war für den Kläger jede rechtliche Grundlage zur Erzwingung der cautio geschwunden. Denn eine direkte Erfüllungsklage auf Leistung der cautio gab es in diesen Fällen ebensowenig wie in den Fällen der Impensenforderung. So mußte man notgedrungen zur condictio der cautio greifen, wenn anders die Kautionsstellung nicht vollständig für den Kläger verloren gehn sollte.[2])

[1]) Vgl. oben S. 222 fg. — [2]) Vgl. oben S. 243. Auf die Verwandtschaft der condictio cautionis und der condictio impensarum weist ausdrücklich hin Aristo bei Pomp. 22 D. 36, 1 (unten S. 264 [5]).

Die condictio cautionis wird zuerst erwähnt von

Pomp. bei Ulp. 3 § 10 D. 35, 3 Si legatum fuerit praestitum ante interpositam hanc stipulationem, an condici possit, ut cautio ista interponatur? movet quaestionem, quod ea, quae per errorem omissa vel soluta sunt, condici possunt et hic ergo quasi plus solutum videtur ex eo, quod cautio intermissa est. et ait Pomponius condictionem interponendae satisdationis gratia competere et puto hoc probandum quod Pomponius, utilitatis gratia.

Wir haben uns schon mit diesem Fragmente eingehend beschäftigt.[1]) An dieser Stelle soll nur das hervorgehoben werden, was sich aus dem Fragmente mit Rücksicht auf die prozessualische Behandlung der condictio cautionis ergibt.

Ob Pomponius der Schöpfer der condictio cautionis ist[2]), möchten wir dahingestellt sein lassen. In dem Fragmente handelt es sich um die Frage, ob der Erbe, welcher dem Legatar das Vermächtnis ohne die cautio 'restituturum quanto amplius, quam per legem Falcidiam licuerit, ceperit'[3]) ausgeantwortet hat, nachträglich mit der condictio die Kautionsleistung einfordern könne. Die Frage wird dahin beantwortet, daß der Erbe mit der condictio die Kautionsforderung nachträglich einklagen könne. Pomponius gibt diese Antwort mit der Begründung, daß die Ausantwortung des Legates ohne Kaution zwar nicht die Zahlung einer Nichtschuld sei — denn das Legat ist geschuldet und die cautio wird nicht von dem Erben gezahlt — aber es liege doch quasi-Zahlung einer Nichtschuld vor; man könne sich vorstellen, als ob der Erbe die ihm geleistete cautio wieder zurückgebe zusammen mit der Vermächtniszahlung. Ulpian billigt die Auffassung des Pomponius: 'utilitatis gratia'. In der Regel faßt man nun diese Entscheidung so auf, als ob damit die condictio cautionis überhaupt erst anerkannt sei, und sieht gar in

[1]) Vgl. oben S. 164 fg. — [2]) Dies nimmt an Trampedach a. a. O. Z. d. S.St. XVII 117. Dazu neigt auch v. Mayr a. a. O. Z. d. S.St. XXV 191 [4]. — [3]) Pomp. 31 D. 35, 2. Vgl. oben S. 167.

Pomponius den „Schöpfer“ der condictio cautionis.[1]) Uns scheint in erster Reihe die Opposition sich nicht sowohl gegen die condictio cautionis als gegen die cautio zu richten. Oder mit anderen Worten: Wir glauben, daß nicht der Gegenstand der condictio (die cautio) in diesem Falle den Juristen Schwierigkeiten machte, etwa mit Rücksicht auf die prozessualische Behandlung. Wir haben bei der condictio possessionis auszuführen gesucht, daß in einem arbitrium in iure der Gegenstand der condictio bestimmt wurde, und daß weiter in diesem arbitrium schon die Geldschätzung erfolgen konnte, so daß dann die condictio als condictio certae pecuniae auf diese Schätzungssumme gerichtet wurde.[2]) Wir glauben, daß diese Geldschätzung in iure ursprünglich immer erfolgen mußte, und daß es erst später zulässig war, die condictio direkt auf die cautio — wie überhaupt auf das facere — zu richten. Daraus erklärt sich wohl, daß die Ausdrucksweise cautionem, obligationem, liberationem condicere bei den jüngeren Juristen häufiger ist, als bei den älteren.[3]) In unserem Fragmente fragt es sich also, ob der Erbe die cautio, welche er bei Auszahlung des Legates zu fordern unterlassen hat, nachträglich kondizieren darf. Da müssen wir uns daran erinnern, daß man dieser cautio überhaupt nicht freundlich gegenüberstand, und daß manche Kaiser die Kautionsforderung sowohl vor wie nach der Auszahlung der Legate einzuschränken suchten.[4]) Aus dieser Stellung, welche man der cautio überhaupt gegenüber einnahm, erklärt es sich, warum Ulpian die nachträgliche Forderung der cautio nur utilitatis gratia billigte. Als Analogie kann man auf die Impensenforderung verweisen.[5]) Auch hier billigte man dem Impendierenden grundsätzlich nur ein Retentions-

---

[1]) Vgl. oben S. 263 [2]. — [2]) Vgl. oben S. 207 fg. — [3]) Vgl. die Zusammenstellung oben S. 45. 46. — [4]) Vgl. oben S. 169. — [5]) Vgl. oben S. 243. Pomp. 22 D. 36, 1 Heres cum debuerat quartam retinere, totam hereditatem restituit nec cavit sibi stipulatione proposita. similem eum esse Aristo ait illis, qui retentiones, quas solas habent, omittunt: Aristo scheint in der Tat die condictio der cautio noch nicht zuzubilligen, sondern will den Erben ausschließlich auf das Retentionsrecht verweisen.

recht zu und blieb dabei, sofern die Impensen gegenüber der Vindikationsklage geltend gemacht wurden, während gegenüber der obligatorischen Klage die nachträgliche Impensenforderung erst allmählich zugebilligt wurde. Daß die Klage, mit welcher dergleichen nachträgliche Forderungen geltend gemacht wurden, die condictio war, das machte den Juristen keine Schwierigkeiten und weckte nicht deren Bedenken. Vielmehr bezogen sich die Bedenken darauf, ob solche Forderungen nachträglich überhaupt noch sollen geltend gemacht werden dürfen.

In unserem Fragmente (3 § 10 D. 35, 3) ist demnach die condictio cautionis zweifellos anerkannt. Die Bedenken des Ulpian ('utilitatis gratia') richten sich nicht gegen die condictio sondern gegen die cautio.[1])

Ferner wird die condictio cautionis erwähnt von

> Pomp. bei Ulp. 16 § 2 D. 4, 4 Pomponius quoque refert libro vicensimo octavo, cum quidam heres rogatus esset fratris filiae complures res dare ea condicione, ut, si sine liberis decessisset, restitueret eas heredi et haec defuncto herede heredi eius cavisset se restituturam, Aristonem putasse in integrum restituendam. sed et illud Pomponius adicit, quod potuit incerti condici haec cautio etiam a maiore: non enim ipso iure, sed per condictionem munitus est.

Wir haben uns schon mit diesem Fragmente eingehend beschäftigt.[2]) Dort haben wir festzustellen gesucht, daß für die Annahme einer Interpolation der condictio cautionis ein genügender Grund nicht vorliegt.[3])

Papinian[4]) scheint allerdings der condictio cautionis abgeneigt gewesen zu sein.

---

[1]) Dies gegen Pflüger, Ciceros Rede pro Q. Roscio 35 [66], über dessen weitere Auffassung unseres Fragmentes wir schon (oben S. 170 fg.) ausführlich gehandelt haben. — [2]) oben S. 111. — [3]) Auch Trampedach a. a. O. Z. d. S.St. XVII 118/119. 145 hält die condictio cautionis in unserem Fragmente für sicher. v. Mayr a. a. O. Z. d. S. St. XXV 224/225 nimmt für Pomponius die Interpolation der condictio statt der actio incerti an, gesteht dagegen (S. 227 [7]) für Ulpian die Echtheit der condictio cautionis zu. — [4]) 69 § 3 D. 31 (oben S. 176). Vgl. ebenso Trampedach a. a. O. Z. d. S.St. XVII 121. 122

Dagegen ist dem Ulpian die condictio cautionis durchaus geläufig.

Ulp. 7 pr. D. 7, 9 Si usus fructus nomine re tradita satisdatum non fuerit, Proculus ait posse heredem rem vindicare, et si obiciatur exceptio de re usus fructus nomine tradita, replicandum erit. quae sententia habet rationem: sed et ipsa stipulatio condici poterit.

Ulp. 5 § 1 D. 7, 5 Si pecuniae sit usus fructus legatus vel aliarum rerum, quae in abusu consistunt, nec cautio interveniat, videndum, finito usu fructu an pecunia quae data sit, vel ceterae res, quae in absumptione sunt, condici possint. sed si quidem adhuc constante usu fructu cautionem quis velit condicere, dici potest omissam cautionem posse condici incerti condictione: sed si finito usu fructu ipsam quantitatem, Sabinus putat posse condici: quam sententiam et Celsus libro octavo decimo digestorum probat: quae mihi non inarguta videtur.

Daß die Stellen interpoliert sind, wird allgemein angenommen.[1]) Es fragt sich nur, wie weit die Interpolation reicht, und ob insbesondere die condictio cautionis von der Interpolation umfaßt wird. Die frühere Auffassung der Stellen neigte dazu, sich für die Interpolation der condictio cautionis auszusprechen.[2]) Baron[3]), Trampedach[4]), Stintzing[5]), Kipp[6]) und jetzt auch v. Mayr[7]) halten die condictio cautionis in beiden Stellen für echt. Pernice[8]) hält nach wie vor an der Interpolation der condictio cautionis in beiden Stellen fest, wendet aber sachlich gegen die Existenz der condictio cautionis nichts ein, meint

und v. Mayr a. a. O. Z. d. S. St. XXV 192[4]. 221[1, 2]. Bei Pap. 8 D. 7, 5 kann man überhaupt nicht die condictio erwarten (dies nimmt an v. Mayr a. a. O. 214[1]), denn es ist die cautio legiert worden. Es handelt sich um die Erfüllungsklage aus dem Testament. Vgl. auch oben S. 95. Über Pap. 7 § 4 D. 33, 4 vgl. oben S. 174 fg.

[1]) Vgl. oben Bd. I 134[2] und Pernice, Labeo II[2], 2 S. 104[3]. — [2]) Vgl. oben Bd. I 135[1]. — [3]) Condictionen 252 fg. — [4]) a. a. O. Z. d. S. St. XVII 124/125. 141. — [5]) Beiträge z. röm. Rechtsgeschichte 24[3]. — [6]) v. condictio in Pauly-Wissowa, Realencyclop. 856, 37 fg. — [7]) a. a. O. Z. d. S. St. XXV 191[7]. 197[3–5]. 220[5]. 227[5]. — [8]) Labeo II[2], 2 S. 104[3].

vielmehr: „Daß Ulpian schon eine condictio cautionis gekannt haben könnte, scheint mir ebenfalls unleugbar." Wir glauben, daß bei dieser Sachlage folgende Stellungnahme gegenüber unseren beiden Stellen geboten ist. Halten wir die condictio cautionis bei Pomponius (Ulp. 3 § 10 D. 35, 3 und 16 § 2 D. 4, 4)[1]) für echt, so haben wir wohl keinen Anhalt, die condictio cautionis bei Ulp. 5 § 1 D. 7, 5 und 7 pr. D. 7, 9 für interpoliert zu halten, um so mehr, als sowohl 3 § 10 D. 35, 3 wie 5 § 1 D. 7, 5 aus dem 79. Buche des Ulpianischen Ediktskommentars stammen. Ist nun auch 5 § 1 D. 7, 5 stark interpoliert, so meinen wir doch, daß die Interpolation sich nicht auf die condictio cautionis bezog. Wir dürfen wohl annehmen, daß von den Kompilatoren vielfach Stellen, die sie den Schriften klassischer Juristen entnehmen, gekürzt wurden, wobei stilistische und sprachliche Ungenauigkeiten unterliefen. Damit ist aber noch nicht erwiesen, daß auch die juristische Entscheidung von den Kompilatoren stammt. Im Gegenteil dürfen wir annehmen, daß grundsätzlich die Kompilatoren die juristische Entscheidung aus ihrer Vorlage übernehmen; wir müssen wohl besonders starke Gründe haben, wenn wir auch die juristische Entscheidung einer Stelle für interpoliert halten wollen.

Anerkannt ist ferner die condictio cautionis bei

Marcian 39 D. 12, 6 Si quis, cum a fideicommissario sibi cavere poterat, non caverit, quasi indebitum plus debito eum solutum repetere posse divi Severus et Antoninus rescripserunt.

Man kann im Zweifel sein, ob die condictio hier auf Kautionsleistung oder auf die Rückzahlung des realiter Zuvielgeleisteten geht.[2]) Gegen die condictio cautionis spricht die Stelle aber nicht.

Außer in den Fällen der condictio cautionis kommt die condictio obligationis nur sehr selten vor. Es ist dies natürlich. Die Obligationen entstehn aus den systemisierten Rechtsgründen. Mit der condictio obligationis

[1]) oben S. 263. 265. — [2]) Vgl. oben S. 148.

wird aber eine rechtliche Grundlage für die Obligation geschaffen. Daher ist es erklärlich, daß die condictio obligationis vor allem als condictio cautionis vorkommt; denn die Kautionsleistung kann durch eine systemisierte actio nicht erzwungen werden: erst die condictio schafft für die Einforderung der cautio eine aktionsmäßige Grundlage. Daher kommt die condictio obligationis neben der condictio cautionis fast nur noch vor zwecks Restitution einer untergegangenen Obligation.

Ulp. 4 D. 12, 4 Si quis accepto tulerit debitori suo, cum conveniret, ut expromissorem daret, nec ille det, potest dici condici posse ei, qui accepto sit liberatus.

Ulp. 8 § 8 D. 16, 1 Si convenerit cum debitore, ut expromissorem daret, et acceptum ei latum sit, deinde is dederit mulierem quae auxilio senatus consulti munita est, potest ei condici, quasi non dedisset: quid enim interest, non det an talem det? non erit igitur actio utilis necessaria, cum condictio competat.

Der Schuldner verspricht einen expromissor und wird auf Grund davon vom Gläubiger liberiert. Nachträglich gibt der Schuldner einen expromissor nicht oder einen solchen, welcher für den Gläubiger wertlos ist. Es wird dann dem Gläubiger gegen den früheren Schuldner die condictio gegeben. Durch diese condictio wird offenbar derselbe Zweck erreicht wie durch die Restitution der früheren Schuld. Daher wird von älteren Juristen in diesen Fällen von der actio restitutoria gesprochen.[1]) Ulpian neigt zur condictio, weil die actio restitutoria wohl auf Grund eines prätorischen Eingriffes gegeben wurde, dem gegenüber die condictio den Vorzug verdiente.[2])

Hierher gehört wohl auch

Iul. 18 § 1 D. 39, 6 Si donaturus mihi mortis causa debitorem tuum creditori meo delegaveris, omnimodo

[1]) Iul. 14, Afric. 20, Gaius 13 § 2, Marcell. 8 § 9, Paul. 1 § 2 und selbst Ulp. 8 §§ 7. 10—13 D. 16, 1. Die c. 16 C. 4, 29 a. 294 spricht von einer actio rescissoria. Vgl. oben S. 124. — [2]) Daher sagt Ulp. 8 § 8 D. 16, 1 non erit actio utilis necessaria. Vgl. auch oben Bd. I 187 [1. 2].

capere videbor tantam pecuniam, quanta a creditore meo liberatus fuero. quod si ab eodem ego stipulatus fuero, eatenus capere existimandus ero, quatenus debitor solvendo fuerit: nam et si convaluisset creditor idemque donator, condictione aut in factum actione debitoris obligationem dumtaxat reciperet.

Die condictio ersetzt die Restitution der vorher erloschenen Schuld.[1]) Im übrigen haben wir uns mit der Entscheidung schon beschäftigt.[2])

Ausdrücklich mag hervorgehoben werden, daß die condictio in diesem Falle nicht etwa eine restitutorische Klage ist, durch welche die quittierte Obligation wieder erweckt werde. Vielmehr wird mit der condictio derselbe Effekt erreicht wie mit der erloschenen Schuldklage. Dies setzt auseinander

Afric. 24 D. 39, 6 Quod debitori acceptum factum esset mortis causa, si convaluerit donator, etiam tempore liberato ei potest condici: namque acceptilatione interveniente abitum ab iure pristinae obligationis eamque in huius [Mo: in ius] condictionis transfusam.

Dem Schuldner ist eine Schuld zwecks donatio mortis causa quittiert worden. Die Schenkung kann jederzeit mit der condictio widerrufen werden.[3]) Wenn nun der Schenker von diesem Widerrufsrecht Gebrauch macht, so fragt es sich, mit welcher Klage der Schenker seine Forderung gegen den Schuldner geltend macht. Wird die frühere Schuldklage restituiert? African verneint das letztere ausdrücklich und betont, daß der Inhalt der früheren Schuldklage in die condictio übernommen werde.[4]) Die condictio wurde aber, sofern nicht in iure Geldschätzung erfolgte, auf obligationem restituere gestellt. Das Resultat war natürlich nicht die Restitution der früheren Obligation, so daß der Gläubiger noch einmal zu klagen hätte (mit der

---

[1]) Dies Ziel der condictio ergibt sich aus dem Schlußsatze: debitoris obligationem reciperet. — [2]) oben S. 109 fg. — [3]) Vgl. oben Bd. I 148 fg. — [4]) Zustimmend Pfersche, Bereicherungsklagen 28 [1, 2], Trampedach a. a. O. Z. d. S.St. XVII 125/126.

früheren Schuldklage), sondern die sofortige Verurteilung auf das „Interesse“.

In der Literatur pflegt man die condictio cautionis von der condictio obligationis gesondert zu behandeln. Wir glauben, daß dazu keine Veranlassung vorliegt. Richtig ist nur, daß die condictio cautionis der hauptsächlichste Anwendungsfall der condictio obligationis ist.[1]) Trampedach[2]) behandelt die condictio cautionis deswegen gesondert, weil bei ihr die Formelfassung auf dare oportere bezeugt sei. v. Mayr[3]) schließt sich dieser Auffassung an und betont noch, daß bei der condictio cautionis man allenfalls von dare oportere sprechen könne, daß damit aber „die höchste Spannkraft“ des dare oportere, und damit auch des certum[4]), erreicht sei. Wir haben schon bei der condictio servitutis hervorgehoben[5]), daß die Ausdrucksweise dare servitutem nur auf einer Ausdehnung des Begriffes dare beruhn kann, daß damit aber die condictio servitutis nicht aufhört, eine condictio auf facere zu sein. Dasselbe gilt von der condictio cautionis, wo die Ausdrucksweise cautionem dare gleichfalls bezeugt ist.[6]) Damit entfällt dann jede Veranlassung, die condictio cautionis von der condictio obligationis getrennt zu behandeln. Denn dare oportere ist keineswegs immer ein certum.[7])

Wir kommen nunmehr auf die prozessualische Behandlung der condictio obligationis. Zunächst nehmen wir an, daß die indirekte Ausdrucksweise (condici ut cautio interponatur)[8]) hier, ebenso wie bei der condictio possessionis[9]) darauf hinweist, daß der Gegenstand der condictio durch ein arbitrium in iure festgestellt wurde. Weiter nehmen wir auch für die condictio obligationis an, daß im arbitrium in iure der Geldwert des Gegen-

---

[1]) Voigt, Condictiones 337 [391] hält die condictio obligationis sogar für gleichbedeutend mit der condictio cautionis. — [2]) a. a. O. Z. d. S.St. XVII 133. 134. — [3]) a. a. O. Z. d. S.St. XXV 202. 203. — [4]) v. Mayr identifiziert dare oportere mit certum. Vgl. oben S. 22 [3]. 19. — [5]) oben S. 260. — [6]) Vgl. oben S. 196 [3]. — [7]) Vgl. Ulp. 75 § 6 D. 45, 1 (oben S. 72). — [8]) Pomp. bei Ulp. 3 § 10 D. 35, 3. — [9]) oben S. 199 fg.

standes der condictio geschätzt werden konnte, worauf dann die condictio auf diese Schätzungssumme als condictio certae pecuniae gerichtet wurde.[1]) Ja, wir glauben, daß ursprünglich dies immer erfolgen mußte und daß erst allmählich die condictio auf die Obligation gerichtet werden konnte. Es ist dies eine Folge davon, daß ursprünglich die Formel der condictio nur auf dare oportere gehn konnte[2]); erst allmählich wurde die condictio mit der Formelfassung auf facere oportere zugelassen. Dafür aber, daß bei der condictio obligationis die Geldschätzung der Obligation in iure vorgenommen, und die condictio als condictio certae pecuniae auf diese Geldsumme gerichtet werden konnte, scheint uns zu sprechen

> Iav. 10 D. 12, 4 Si mulier ei cui nuptura erat cum dotem dare vellet, pecuniam quae sibi debebatur acceptam fecit neque nuptiae insecutae sunt, recte ab eo pecunia condicetur, quia nihil interest, utrum ex numeratione pecunia ad eum sine causa an per acceptilationem pervenerit.

Es liegt ein durchaus analoger Fall vor wie bei Ulp. 4 D. 12, 4 und 8 § 8 D. 16, 1. Während in den letzten beiden Entscheidungen man annehmen darf, daß die condictio den Wert der restituierten Obligation zum Gegenstande hat, kann bei Iav. 10 D. 12, 4 kein Zweifel darüber bestehn, daß die condictio auf die Geldsumme selbst gerichtet wurde. Die Abschätzung der Restitution der Obligation war in diesem Falle einfach und ergab sich durch die schuldige Geldsumme selbst, da der quittierte Schuldner dieselbe Person ist wie der Kondiktionsbeklagte.[3]) Würde dagegen der quittierte Schuldner z. B. Gläubiger des Ehemanns sein, so würde die Frau von dem Ehemanne nur so viel kondizieren können, als der Ehemann von seinem Gläubiger liberiert worden ist.[4])

---

[1]) Vgl. oben S. 207. — [2]) Vgl. unten § 21. — [3]) v. Mayr a. a. O. XXV 193[a] schließt sogar aus 10 D. 12, 4, daß die condictio stets auf den „ungerechtfertigt erlassenen Schuldbetrag" ging. Iul. 18 § 1 D. 39, 6 spricht aber ausdrücklich von 'recipere obligationem' (oben S. 109 fg.). — [4]) Vgl. Iul. 18 § 1 D. 39, 6 (oben S. 109 fg.).

Dafür, daß die condictio sofort auf die im arbitrium in iure abgeschätzte Geldsumme gerichtet werden konnte, spricht wohl auch die Ausdrucksweise condictionem interponendae satisdationis gratia competere.[1]) Es war auch sonst üblich, die cautio in Geld zu schätzen.[2]) Die Schätzung im arbitrium in iure machte wegen des dort zulässigen iuramentum in litem es möglich, das „Interesse" des Klägers zu berücksichtigen.[3]) Aber es konnte auch die condictio direkt auf die obligatio gerichtet werden[4]) mit einer Formelfassung

Si paret $N^m N^m A^o A^o$ cautionem interponere debere[5]) bzw.

Si paret $N^m N^m A^o A^o$ obligationem restituere debere.[6])

Damit war die condictio auf facere anerkannt. Die Kondemnation ging auch hier wie bei der condictio possessionis[7]) auf Grund des quanti ea res est der Formel auf das „Interesse" des Klägers, weil der Sachwert der Obligation mit dem „Interesse" des Klägers identisch ist.[8]) Trampedach[9]) und v. Mayr[10]) nehmen an, daß die condictio cautionis eine condictio certi sei, weil die Formel cautionem dare bezeugt ist.[11]) Die condictio obligationis ist aber nach v. Mayr teils actio incerti, teils condictio certae rei.[12]) Wir halten die condictio obligationis auch für eine condictio auf certum, aber aus dem Grunde, weil eine bestimmte Obligation ebensogut ein certum ist, wie certa pecunia oder certa res.[13]) Von dem dare oportere oder facere oportere hängt es durchaus nicht ab, ob eine condictio als auf certum oder incertum gehend gilt. Die condictio kann immer nur auf certum gehn. Der nachklassische Name condictio incerti[14]) bei

---

1) Pomp. bei Ulp. 3 § 10 D. 35, 3 (oben S. 164). — 2) Vgl. Gaius 7 D. 7, 5 (oben S. 209[1]). — 3) Vgl. oben S. 207. — 4) Pomp. bei Ulp. 16 § 2 D. 4, 4 potuit condici haec cautio, Ulp. 7 pr. D. 7, 9 ipsa stipulatio condici poterit, Ulp. 5 § 1 D. 7, 5. — 5) Vgl. Pomp. bei Ulp. 3 § 10 D. 35, 3. — 6) Vgl. Iul. 18 § 1 D. 39, 6, Marcell bei Ulp. 8 § 2 D. 16, 1. — 7) oben S. 215 fg. — 8) Vgl. oben S. 269. 270. — 9) a. a. O. 134. — 10) a. a. O. Z. d. S.St. XXV 202. 203. 220[7]. — 11) Vgl. oben S. 196[6]. — 12) Vgl. oben S. 86. — 13) Vgl. oben S. 260. — 14) Pomp. bei Ulp. 16 § 2 D. 4, 4, Ulp. 5 § 1 D. 7, 5. Dagegen sprechen schlechtweg von condictio (ohne den Zusatz

der condictio obligationis erklärt sich daraus, daß hier wie bei der condictio possessionis[1]) die Kondemnation auf das „Interesse" des Klägers geht, welches den Sachwert des Kondiktionsgegenstandes repräsentiert. Daß der Zusatz 'incerti' interpoliert ist, wird auch allgemein anerkannt.[2])

6. Die condictio liberationis. Diese condictio findet Anwendung namentlich in den Fällen, wo der Beklagte durch den Erwerb einer Forderung eine unrechtmäßige Vermögensvermehrung erfahren hat und nun diese unrechtmäßige Vermögensvermehrung herausgeben muß. Die condictio geht auf Aufhebung der Forderung des Beklagten. Diese Aufhebung der Forderung des Beklagten wird erreicht durch Quittierung (acceptilatio), weshalb man auch von der condictio acceptilationis sprechen kann.

Grundlegend für die condictio liberationis ist

Iul. 3 D. 12, 7. Wir haben dieses Fragment schon eingehend besprochen.[3]) Es ergibt sich aus ihm, daß Julian die condictio liberationis kannte, und daß die condictio in diesem Falle auf Acceptilation gerichtet war.[4]) Diese Auffassung wird unterstützt durch andere Entscheidungen Julians, in welchen gleichfalls der condictio liberationis Erwähnung getan wird:

Iul. 2 § 3 D. 39, 5.[5])
Iul. 18 § 1 D. 39, 6.[6])
Iul. 46 pr. D. 23, 3.[7])

---

'incerti'): Iul. 18 § 1 D. 39, 6, Pomp. bei Ulp. 3 § 10 D. 35, 3, Ulp. 7 pr. D. 7, 9 und 4 D. 12, 4 und 8 § 8 D. 16, 1.

[1]) oben S. 215 fg. — [2]) oben S. 45 [6]. — [3]) Vgl. oben S. 106 fg. — [4]) Zustimmend Trampedach a. a. O. Z. d. S.St. XVII 114 oben, 144, H. Krüger, Z. d. S.St. XXI 428, v. Mayr a. a. O. Z. d. S.St. XXV 191[4] (der freilich a. a. O. 222 [8] annimmt, daß Julian die Aufhebung der Obligation nicht mit der condictio sondern mit der actio incerti realisierte. Vgl. oben S. 107). — [5]) oben S. 101. Vgl. Iul. bei Ulp. 7 pr. D. 44, 4 (oben S. 102). Zustimmend Trampedach a. a. O. Z. d. S.St. XVII 116. 136. 144. Dagegen hält v. Mayr a. a. O. Z. d. S.St. XXV 214. 221[5]. 222 auch an dieser Stelle die condictio für interpoliert statt der klassischen actio incerti. Vgl. oben S. 100 fg. — [6]) oben S. 109. Zustimmend Trampedach a. a. O. Z. d. S.St. XVII 116. Über die Auffassung v. Mayrs, der auch hier eine Interpolation der condictio für die actio incerti annimmt, vgl. oben S. 110. — [7]) oben S. 104.

Auch Pomponius anerkennt die condictio liberationis:

Pomp. bei Paul. 5 § 1 D. 19, 1.[1])

Auch

Marcell. bei Ulp. 8 § 2 D. 16, 1 anerkennt die condictio liberationis.[2])

Desgleichen ist dem Papinian die condictio liberationis bekannt[3]):

Pap. 52 § 1 D. 24, 1 Uxor viro fructum fundi ab herede suo dari, quod si datus non fuisset, certam pecuniam mortis causa promitti curavit: defuncto viro viva muliere stipulatio solvitur, ut traditio, quae mandante uxore mortis causa facta est: nam quo casu inter exteros condictio nascitur, inter maritos nihil agitur.

Die Ehefrau veranlaßt den Dritten (ihren im Testamente eingesetzten Erben), mit dem Ehemanne eine Alternativobligation einzugehn, wonach der Dritte sich dem Ehemanne gegenüber verpflichtet, diesem den Nießbrauch an einem Grundstücke zu bestellen bzw. eine bestimmte Geldsumme zu bezahlen. Die Verpflichtung des Dritten soll aber mortis causa sein d. h. erst konvaleszieren mit Eintritt des Todes der Frau bei Lebzeiten des Mannes.[4]) Nun verstirbt aber der Ehemann vor der Frau. Papinian entscheidet, daß wenn es sich nicht um Eheleute sondern um beliebige Personen (inter exteros) handeln würde, dem Dritten gegen die Erben des mortis causa Beschenkten die condictio zustehn würde. Diese condictio müßte dann natürlich auf Herausgabe des Grundstückes[5]) bzw. auf Liberation von

---

Zustimmend Trampedach a. a. O. Z. d. S.St. XVII 116. Über die Auffassung v. Mayrs vgl. oben S. 105.

[1]) oben S. 111. Vgl. Trampedach a. a. O. S. 117 fg. 143[1]. 146. Über die Auffassung Pflügers a. a. O. Z. d. S.St. XVIII 99 vgl. unten S. 282[2]. Über Pomp. bei Ulp. 16 § 2 D. 4, 4 vgl. oben S. 113[3. 4]. — [2]) Vgl. oben S. 120 fg. Zustimmend Trampedach a. a. O. Z. d. S.St. XVII 120. 125. 147. Über die Annahme einer Interpolation, welche v. Mayr a. a. O. Z. d. S.St. XXV 226[4] ausspricht, vgl. oben S. 120 fg. — [3]) Zustimmend Cuiac. in lib. X quaest. Pap. zu 52 § 1 D. 24, 1 (Opera omnia, ed. Neap. IV 267 E), Naber, Observatiunculae de iure romano, Mnemosyne XX 101. — [4]) Vgl. oben Bd. I 143[1]. — [5]) Vgl. oben Bd. I 134[2].

dem Schuldversprechen gerichtet sein. Die condictio steht also nicht gegen den Beschenkten zu, wie Voigt[1]) und v. Mayr[2]) annehmen; denn der Beschenkte lebt nicht mehr. Es liegt daher auch nicht eine condictio rei vor[3]), sondern eine condictio rei bzw. eine condictio liberationis. Der Dritte hat ja nur eine Verpflichtung zur eventuellen Zahlung übernommen und noch nicht gezahlt: er kann daher nur die Liberierung kondizieren, und nicht die Geldsumme selbst. Würde es sich dagegen um Eheleute handeln, wie dies in der Papinianischen Entscheidung tatsächlich der Fall ist, so bedarf es der condictio nicht. Es ist dies eine Folge des Schenkungsverbotes unter Ehegatten.[4]) Da der beschenkte Ehemann vor der Frau verstirbt, so gelangt die Schenkung nicht zur Konvaleszenz und ist nichtig. Der Dritte, welcher den Nießbrauch an dem Grundstücke bestellt hat (traditio — mandante uxore — facta est), kann daher das Grundstück vindizieren, bzw. ist er ipso iure von der eingegangenen Verpflichtung zur Zahlung der Geldsumme befreit. Wir glauben daher nicht, daß die condictio bzw. rei vindicatio der schenkenden Frau zusteht[5]), sondern dem Dritten. Denn das Grundstück ist doch wohl Eigentum des Dritten. Die Frau veranlaßt den Dritten zur Bestellung des Nießbrauchs bzw. Übernahme der Verpflichtung zur Zahlung der Geldsumme aus eigenen Mitteln. Es liegt Delegation vor.[6]) Der Dritte wird dafür von der Frau zum Erben eingesetzt. Natürlich ist der Dritte nicht der Schenker, sondern die Frau; denn diese hat die Veranlassung gegeben (curavit), was gleichbedeutend damit ist, daß auf ihre Kosten bzw. auf Kosten ihres Nachlasses der Mann den Nießbrauch bzw. die Forderung erworben hat.[7]) Immerhin müssen wir zugestehn, daß ausdrücklich die condictio liberationis in der Papinianischen Entscheidung nicht genannt ist.[8])

---

[1]) Condictiones 375 [319d]. — [2]) Condictio incerti, Z. d. S. St. XXV 191 [11]. — [3]) so v. Mayr a. a. O., Über Ulp. 8 § 3 D. 16, 1 vgl. unten S. 279. — [4]) Zustimmend v. Savigny, System IV 589 [a]. — [5]) so Glück, Kommentar Bd. 26, 68 [52], Voigt, Condictiones 375 [319d], v. Mayr a. a. O. Z. d. S. St. XXV 191 [11]. — [6]) Eine Delegation nimmt auch Voigt a. a. O. an. — [7]) Vgl. zustimmend v. Savigny, System IV 125 [a]. — [8]) Daß Papinian der condictio liberationis überhaupt seine Aner-

Auch Tryfoninus kennt die condictio liberationis:

Tryf. 76 D 23, 3 Si pater mulieris mortis suae causa dotem promiserit, valet promissio: nam et si in tempus, quo ipse moreretur, promisisset, obligaretur. sed si convaluerit, cur ei non remittatur obligatio per condictionem, atque si stipulanti quiuis alius promisisset aut dotem alicuius nomine? nam ut corporis vel pecuniae translatae, ita obligationis constitutae mortis causa condictio est. non idem dicendum est in persona mulieris, si mulier mortis suae causa dotem promiserit, quia nisi matrimonii oneribus serviat, dos nulla est.

Der Vater der Frau hat mortis causa eine dos versprochen. Nach den Rechtssätzen der mortis causa donatio [1]) soll die dos revozierbar sein.[2]) Tryfoninus gibt dem Vater die condictio, welche auf Aufhebung des Schuldversprechens gerichtet ist. Es liegt also eine condictio liberationis vor.[3]) Tryfoninus hebt dabei ausdrücklich hervor, daß die condictio nicht bloß auf Rückgabe gezahlten Geldes oder einer übereigneten Sache (certae pecuniae und certae rei) gerichtet werden könne, sondern auch auf die Aufhebung einer Obligation.

Tryf. 78 § 5 D. 23, 3 Si marito dotis nomine stipulanti promisit per errorem is qui exceptione tutus erat ne solvat, cogetur ei solvere et habebit condictionem

---

kennung versagte, möchten wir daraus nicht unbedingt schließen, trotzdem uns keine Entscheidung Papinians über die sog. condictio incerti vorliegt. Vgl. oben S. 45 [3–7]. Über Pap. 69 § 3 D. 31, worauf sich Trampedach a. a. O. Z. d. S.St. XVII 120fg. für die Nichtanerkennung der sog. condictio incerti durch Papinian beruft, vgl. oben S. 176fg.

1) oben Bd. I 143 [1]. — 2) Auf die Frage, warum dieser Rechtssatz der mortis causa donatio auf die Dosbestellung mortis causa übertragen wurde, brauchen wir hier nicht einzugehen. Vgl. v. Savigny, System IV 249 [2]. — 3) Zustimmend Trampedach a. a. O. S. 125, der in diesem Falle von einer condictio obligationis offenbar im weiteren Sinne spricht, so daß diese condictio sowohl die auf Eingehung einer Obligation gerichtete condictio (condictio obligationis im engeren Sinne), als auch die auf Aufhebung der Obligation gerichtete condictio (condictio liberationis) umfaßt. Vgl. auch v. Mayr a. a. O. Z. d. S. St. XXV 191 [10]. 229 [2. 3] und dazu oben S. 125 [3]. 127 [1].

adversus mulierem aut patrem, uter eorum delegavit, ob id quod indebitum marito promisit aut solvit.

Die Frau bzw. der Vater der Frau delegiert den Schuldner, dem Ehemanne die Schuld als dos zu versprechen. Der delegierte Schuldner verpflichtet sich dem Ehemanne zur Zahlung in der Meinung, der Frau bzw. dem Vater schuldig zu sein, trotzdem eine solche Schuld nicht besteht. Es muß dann der Schuldner dem Ehemanne zahlen. Diese Verpflichtung des Schuldners zu zahlen besteht deswegen, weil der Ehemann ein Recht auf Dotierung hat, so daß nach dem Satze suum recepit dem Ehemanne die dos nicht entzogen werden kann.[1]) Dagegen hat der delegierte Schuldner gegen die delegierende Frau bzw. den delegierenden Vater die condictio auf Liberierung von der übernommenen Schuld bzw. auf Rückzahlung des von dem delegierten Schuldner an den Ehemann (den Delegatar) gezahlten Geldes. Es entspricht dies den allgemeinen Grundsätzen über die Unzulässigkeit der Geltendmachung von Einreden seitens des Delegaten gegen den Delegatar.[2]) In unserer Entscheidung des Tryfoninus ist somit zweifellos die condictio liberationis anerkannt: denn wenn der Delegat von dem Deleganten kondizieren kann, was er dem Delegatar versprochen hat (quod — marito promisit), so kann Gegenstand dieser condictio nur die Liberierung von der übernommenen Schuld sein. Durch die Gegenüberstellung der condictio des schon Gezahlten (aut solvit), in welchem Falle natürlich eine condictio certae pecuniae vorliegen würde, wird dies auf das deutlichste gekennzeichnet. Es liegt somit kein Grund vor, in unserer Entscheidung des Tryfoninus das Vorliegen der condictio liberationis zu leugnen und eine condictio rei anzunehmen.[3])

Bei Paulus ist die condictio liberationis mehrfach bezeugt:

Schon erörtert haben wir

Paul. 12 D. 46, 2.[4])

---

[1]) Vgl. Paul. 12 D. 46, 2 (oben S. 114), Paul. 9 § 1 D. 12, 4 (oben S. 119). — [2]) Vgl. oben S. 115 [1]. — [3]) Dies tut v. Mayr a. a. O. Z. d. S.St. XXV 193 [2], jedoch mit Zweifeln a. a. O. 229[2]. — [4]) oben S. 114. Zustimmend v. Mayr a. a. O. Z. d. S.St. XXV 191 [3].

Paul. 5 § 5 D. 44, 4.[1])
Paul. 9 § 1 D. 12, 4.[2])

Auch bei Ulpian wird die condictio liberationis wiederholt erwähnt. Allgemein wird die condictio liberationis anerkannt in

Ulp. 1 pr. D. 12, 7 Est et haec species condictionis, si quis sine causa promiserit vel si solverit quis indebitum. qui autem promisit sine causa, condicere quantitatem non potest quam non dedit, sed ipsam obligationem.

Es wird ausdrücklich der condictio pecuniae bzw. rei die condictio liberationis gegenübergestellt. Von der condictio liberationis wird ausdrücklich hervorgehoben, daß sie nicht auf die Geldsumme gerichtet wird[3]), sondern auf die Aufhebung der Obligation selbst.[4])

Weitere Entscheidungen Ulpians bestätigen dessen allgemeine Stellungnahme:

Ulp. 24 D. 12, 6 Si is, qui perpetua exceptione tueri se poterat, cum sciret sibi exceptionem profuturam, promiserit aliquid, ut liberaretur, condicere non potest.

Geht jemand, dem die exceptio zusteht, noch einmal eine Schuldverbindlichkeit ein, so kann er nicht die Liberation von dieser Schuldverbindlichkeit kondizieren. Es würde in diesem Falle von der condictio indebiti die Rede sein, welche deswegen ausgeschlossen ist, weil der Schuldner die neue Schuldverbindlichkeit eingegangen ist, obwohl er wußte, daß ihm gegen die alte Schuld die exceptio zustand.[5]) Allerdings könnte man das ut liberaretur zu promiserit ali-

---

[1]) oben S. 119. — [2]) oben S. 119. — [3]) Dies gegen Pflüger a. a. O. Z. d. S. St. XVIII 98. Für die Annahme einer Interpolation scheint uns ein genügender Anhalt nicht vorzuliegen, wenn auch der Verdacht (Pernice, Labeo III 203 [5, 4]) nicht unbegründet ist. Vgl. auch oben S. 134 fg. — [4]) Zustimmend Trampedach a. a. O. 125 oben, 147, auch v. Mayr a. a. O. Z. d. S. St. XXV 191 [7], der aber prozessualisch in der condictio liberationis bei Ulpian eine condictio rei erblickt. Vgl. oben S. 124 [2, 6]. — [5]) Vgl. oben Bd. I 72 [4, 5], auch Paul. 12 D. 46, 2 (oben S. 114). Zustimmend Pflüger a. a. O. Z. d. S. St. XVIII 99, der aber in der Durchführung entsprechend seiner Auffassung (oben S. 134 fg.) die condictio nicht auf Liberation gehn läßt, sondern auf die versprochene Geldsumme.

quid ziehen[1]), wo dann die condictio ob turpem causam in Betracht käme. In diesem Falle würde dies Fragment für die condictio liberationis ausscheiden. Folgen wir dagegen der ersteren Auffassung, so folgt aus der Entscheidung, daß die condictio auf Liberation geht.[2])

Ulp. 31 D. 12, 6 Is, qui plus quam hereditaria portio efficit per errorem creditori caverit, indebiti promissi habet condictionem.

Auch hier liegt kein Grund vor, das Vorliegen der condictio liberationis zu leugnen.[3]) Verwandt mit der erwähnten condictio ist ein weiterer Fall der condictio liberationis von einer cautio bei

Ulp. 1 pr. D. 36, 4 Si quis, cum vetitus esset satis accipere, acceperit, an repeti satisdatio ista possit, ut heres condicat liberationem? et quidem si sciens heres indebitum cavit, repetere non potest. quid deinde, si ignoravit remissam sibi satisdationem? potest condicere. rel.

Auch hier ist mit deutlichen Worten die condictio liberationis bestätigt.[4])

Ulp. 8 § 3 D. 16, 1 Interdum intercedenti mulieri et condictio competit, ut puta si contra senatus consultum obligata debitorem suum delegaverit: nam hic ipsi competit condictio, quemadmodum, si pecuniam solvisset, condiceret: solvit enim et qui reum delegat.

Der interzedierenden Frau, welche aus der Interzession gezahlt hat, steht die condictio zu. Dasselbe gilt, wenn die Frau durch Delegation zahlt. Die condictio geht hier somit auf Liberierung des Schuldners der Frau.[5]) Eine condictio pecuniae möchten wir nicht annehmen[6]), weil

---

[1]) so Mommsen in der Digestenausgabe und v. Mayr a. a. O Z. d. S. St. XXV 227[2]. — [2]) Über die entgegengesetzte Durchführung von Pflüger vgl. oben S. 278 Anm. 5. Über die Auffassung v. Mayrs s. oben S. 124[2]. — [3]) Zustimmend Trampedach a. a. O. Z. d. S. St. XVII 119[1], 125 oben, 145. Über die Auffassung v. Mayrs vgl. oben S. 114[1]. 125[4]. — [4]) Zustimmend Trampedach a. a. O. 119[1]. 125. Über die Auffassung v. Mayrs vgl. oben S. 124[2, 7]. — [5]) Zustimmend Trampedach a. a. O. 140, H. Krüger, Z. d. S. St. XXI 429. — [6]) so v. Salpius, Novation 102, v. Mayr a. a. O. Z. d. S. St. XXV 191[11] g. E.

ausdrücklich gesagt ist, daß die Frau durch Delegation zahlt: daß der delegierte Schuldner schon effektiv geleistet habe, wird nicht erwähnt.

Die condictio geht auf Aufhebung der Obligation, um welche der Beklagte sein Vermögen vermehrt hat.[1]) Es muß dies hervorgehoben werden mit Rücksicht auf eine neuerdings durch Benigni[2]) vertretene Auffassung, wonach die condictio nicht auf die Liberation von der Schuld geht, sondern auf die Geldsumme, welche den Gegenstand der Schuld bildet.

Ist dagegen die Quittierung einer Schuld zu Unrecht erfolgt, so wird nicht etwa durch die condictio die Quittierung annulliert, sondern es wird die condictio auf die vor der Quittierung bestehende Schuld gerichtet oder vielmehr: es wird mit der condictio dasselbe erstrebt, was dem Kläger auf Grund der früheren Schuld zustand.[3]) Es liegt somit in diesem Falle eine condictio obligationis, und nicht eine condictio liberationis vor.[4]) Bemerkenswert ist, daß in späterer Zeit in diesem Falle die Quittierung als ipso iure erloschen galt, so daß die frühere Schuldklage ohne weiteres wieder zur Geltung kam.[5]) Es wirft dies

---

[1]) Iul. 3 D. 12, 7 condictione id agitur, ut omni obligatione liberetur —, condictione consequitur, ut tota stipulatio accepto fiat, Iul. 2 § 3 D. 39, 5 condictione stipulatorem compellam, ut mihi acceptum faciat stipulationem, Iul. 18 § 1 D. 39, 6 condictione — debitoris obligationem dumtaxat reciperet, Iul. bei Ulp. 7 pr. D. 44, 4 condictio — competit, ut me liberet, Iul. 46 pr. D. 23, 3 condictione consecuturam, ut promissione liberetur, Pomp. bei Paul. 5 § 1 D. 19, 1 (oben S. 111), Tryf. 76 D. 23, 3 remittatur obligatio per condictionem, Paul. 9 § 1 D. 12, 4 (oben S. 119), Paul. 5 § 5 D. 44, 4 (oben S. 119), Ulp. 1 pr. D. 12, 7 (oben S. 278), Ulp. 24 D. 12, 6 (oben S. 278). Ulp. 1 pr. D. 36, 4 (oben S. 279), 2 C. 4, 5 a. 213, 7 C. 4, 30 a. 223, 15 pr. C. 8, 40 a. 239 (condicere, ut obligatio tibi accepto feratur), 3 C. 2, 6 a. 240, 4 C. 4, 6 a. 259 (ut libereris obligatione — per condictionem consequeris), 1 C. 2, 5 a. 293, 6 C. 1, 18 a. 294. Vgl. auch Paul. 12 D. 46, 2 (oben S. 114 fg.). — [2]) La condictio incerti, Archivio giuridico 75 (1905) 320 fg. Vgl. unten S. 283 fg. — [3]) Afric. 24 D. 39, 6 (oben S. 269). Vgl. auch Trampedach a. a. O. Z. d. S.St. XVII 125 unten. — [4]) v. Mayr a. a. O. Z. d. S.St. XXV 193 [a] geht weiter und nimmt in diesem Falle sogar eine condictio certae rei an. Vgl. unten S. 282. 283. — [5]) Scaev. bei Ulp. 43 pr. D. 23, 3, Paul. 35 § 6 D. 39, 6. Analog

ein charakteristisches Streiflicht auf den Charakter der condictio als Reaktion gegen die systemisierten Vermögenserwerbsformen und zeigt von neuem, daß die condictio ein Gegenstück der exceptio ist.[1])

Was die prozessualische Behandlung der condictio liberationis betrifft, so weist die indirekte Ausdrucksweise[2]) auch hier darauf hin, daß der Gegenstand der Klage erst in einem Verfahren (arbitrium) festgestellt wurde.[3]) Die Litiskontestation wurde auf Aufhebung der Obligation gestellt.[4]) Demnach lautete die Formel der condictio liberationis:

Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio obligationem, de qua agitur, acceptam facere oportere[5]), quanti ea res est, N^m^ N^m^ A° A° condemna, si non paret absolve.[6])

In dem iudicium der condictio liberationis erfolgte dann die Verurteilung auf Grund des quanti ea res est der Formel d. h. die Verurteilung zur Leistung des „Interesses". Denn der „Sachwert" der Liberierung ist auch hier, wie bei der condictio possessionis[7]), identisch mit dem Interesse des Klägers.

Aber wie bei der condictio possessionis[8]) (und in den anderen Fällen der sog. condictio incerti)[9]) in dem arbitrium in iure, in welchem der Gegenstand der condictio festgestellt wurde, sofort die Schätzung in Geld erfolgen

---

nimmt Paul. 4 §§ 1. 2 D. 2, 14 ipso iure Erlöschen des Dotalversprechens vor Eheschluß an, sofern die Ehe nicht zustande gekommen ist. Vgl. auch Sch. 7 zu der Stelle (Bas. XI 1 c. 4 ed. Heimbach I 556) und oben S. 269. Über Pap. 52 § 1 D. 24, 1 vgl. oben S. 274.

[1]) Vgl. oben Bd. I 30 fg. Bezeichnend hierfür ist die Ausdrucksweise des Pomp. bei Ulp. 16 § 2 D. 4, 4 non enim ipso iure sed per condictionem munitus est. — [2]) Iul. 3 D. 12, 7 (oben S. 106), 2 § 3 D. 39, 5 (oben S. 101), 46 pr. D. 23, 3 (oben S. 104), Iul. bei Ulp. 7 pr. § 1 D. 44, 4 (oben S. 102), Pomp. bei Paul. 5 § 1 D. 19, 1 (oben S. 111), Paul. 5 § 5 D. 44, 4 (oben S. 119), Ulp. 24 D. 12, 6 (oben S. 278). — [3]) Vgl. oben S. 199 fg. — [4]) Vgl. oben S. 280 Anm. 1. — [5]) Vgl. Iul. 3 D. 12, 7 (oben S. 106), 2 § 3 D. 39, 5 (oben S. 101), Iul. bei Ulp. 7 pr. § 1 D. 44, 4 (oben S. 102). — [6]) Eine solche Formel nimmt auch die heute herrschende Ansicht an. Vgl. oben S. 17[2]. — [7]) oben S. 215 fg. — [8]) Vgl. oben S. 207 fg. — [9]) Vgl. oben S. 248. 255[2]. 257. 260[3]. 271[1].

konnte, worauf dann die condictio certae pecuniae auf diese Geldsumme erhoben wurde, so dürfen wir annehmen, daß dies auch bei der condictio liberationis üblich war.[1]) Die eingeklagte Geldsumme wurde auch hier durch das „Interesse" des Klägers dargestellt.

Dagegen vermögen wir nicht der Ansicht Pflügers[2]) zu folgen, als ob in den Fällen der condictio liberationis die condictio stets auf die Geldsumme gerichtet war, welche den Gegenstand der Obligation bildete, von der nunmehr der Kläger sich befreien wollte. Pflüger meint, daß bei den klassischen Juristen die condictio liberationis stets als condictio certae pecuniae aufgetreten sei. Erst durch das officium iudicis sei dann der Kläger mit seiner Forderung auf die Geldsumme abgewiesen worden, sofern der Beklagte die Schuld des Klägers quittierte.[3]) Pflüger sucht somit seine allgemeine Theorie von der mittelbaren Zwingung des Beklagten zur Herausgabe der „Bereicherung" auch hier durchzuführen. Besondere Gründe führt Pflüger für die condictio liberationis nicht an; er operiert vielmehr mit seinen allgemeinen Argumenten und mit der Annahme einer großen Anzahl von Interpolationen. Wir haben hierüber uns schon ausgesprochen [4]) und brauchen daher nicht auf die Frage noch einmal einzugehn. Nur eine Bemerkung sei noch gegen Pflüger gestattet. Nach der Pflügerschen Theorie wird der Beklagte zur mittelbaren Herausgabe der „Bereicherung" angehalten, wozu

---

[1]) Vgl. Pernice, Labeo III 210 [2, 3], Trampedach a. a. O. 125 sowie oben S. 31 [4] und unten § 17, I. — [2]) Condictio incerti, Z. d. S.St. XVIII 89fg. Dazu neigt auch v. Mayr a. a. O. XXV 193 [2]. — [3]) a. a. O. 92 „doch ist kein Zweifel, daß im Sinne Justinians auch diese Stelle (Iul. bei Ulp. 7 pr. § 1 D. 44, 4, oben S. 102) von der condictio incerti auf Liberation zu verstehn ist; im Sinne Julians und Ulpians dagegen alle beide von der condictio certae pecuniae, durch die dann aber, wie die Wendungen: condictione stipulatorem compellam ut mihi acceptam faciat stipulationem usw. andeuten, mit Hilfe des officium iudicis und des Satzes omnia iudicia absolutoria sunt dasselbe Ziel erreicht wird, wie durch die condictio incerti der Kompilatoren". Das letztere Zugeständnis muß Pflüger machen, da aus Iul. 18 § 1 D. 39, 6 (oben S. 109) sich ausdrücklich ergibt, daß Kläger nur die Liberierung von der Schuld verlangen kann. — [4]) oben S. 134fg.

die von Pflüger so genannte quasi-condictio diene.[1]) Bei der condictio liberationis nimmt Pflüger gleichfalls an, daß die condictio auf die ganze Geldsumme (certa pecunia) gerichtet sei, zu welcher sich der Kläger gegenüber dem Beklagten verpflichtet hat, und auf diese Weise werde Beklagter zur Quittierung seiner Forderung gegen den Kläger angehalten, um seiner Verurteilung auf die Zahlung der Geldsumme, welche er (Beklagter) von dem Kläger zu fordern hatte, zu entgehn. Es ist nicht recht ersichtlich, wie Kläger eine solche Forderung und demgemäß eine Klage gegen den Beklagten begründen will; denn Kläger hat ja keine Forderung gegen den Beklagten: im Gegenteil Beklagter hat gegen den Kläger eine Forderung, auf deren Quittierung jetzt Kläger klagt. Gegen Pflüger spricht auch, daß unsere Quellen bei der condictio liberationis von einer condictio quasi nicht sprechen, was man nach der Pflügerschen Theorie erwarten sollte.[2])

Der Auffassung von Pflüger über die condictio liberationis steht sehr nahe Benigni.[3]) Auch dieser Verfasser nimmt an, daß die condictio liberationis nicht auf Liberation durch den Beklagten gerichtet sei, sondern vielmehr als condictio certae pecuniae auf die Geldsumme, welche der Kläger dem Beklagten versprochen hat. Hat der Kläger dem Beklagten schon gezahlt, so besteht natürlich die „Bereicherung“ des Beklagten in dieser bestimmten Geldsumme, und diese bestimmte Geldsumme wird dann mit der condictio certae pecuniae zurückgefordert.[4]) Aber wie, wenn der Kläger noch nicht gezahlt hat? Benigni[5]) meint, daß dies keinen Unterschied mache. Offenbar will der Verfasser mit der Kompensation nachhelfen. Benigni nimmt daher an, daß die condictio liberationis niemals direkt auf Quittierung der Schuld gehe, sondern immer auf die Geldsumme, welche den Gegenstand der Schuld bildet. Dabei stützt sich Benigni[6]) namentlich auf solche Ausdrucksweise der Quellen: habebit condictionem ob id quod indebitum promisit

[1]) Vgl. oben S. 140fg. — [2]) Vgl. oben S. 142 [1—3]. — [3]) La condictio incerti, Archivio giuridico 75 (1905) S. 320fg. Vgl. oben S. 179 [4]. — [4]) Pomp. 7 D. 12,5, Tryf. 78 § 5 D. 23, 3. — [5]) a. a. O. 322: „non si distingue se il pagamento sia stato o no eseguito“. — [6]) a. a. O. 322.

(Tryf. 78 § 5 D. 23, 3). Diejenigen Entscheidungen aber, welche ausdrücklich von der condictio der Liberation sprechen (z. B. Paul. 5 § 5 D. 44, 4 condictione tenetur, ut vel liberet debitorem)[1], hält der Verfasser für interpoliert. Aber das hauptsächlichste Argument für die Annahme von Interpolationen ist doch dem Verfasser, daß diese Annahme von Interpolationen in Übereinstimmung ist mit der ganzen Ansicht des Verfassers von der condictio liberationis.[2]) Gegen solche Methode der Feststellung von Interpolationen ist aber auf das zu verweisen, was wir schon gegen Pflüger ausgeführt haben.[3])

In der späteren Zeit, namentlich in den Konstitutionen, kommt die condictio des Schuldscheines nach bezahlter Schuld vor.[4]) In diesen Fällen liegt natürlich nicht eine condictio liberationis; denn die Schuld ist schon durch die Zahlung untergegangen und braucht nicht erst durch die condictio beseitigt zu werden. Die condictio des Schuldscheines ist vielmehr begründet auf Grund der Nichtschuld (condictio indebiti)[5]) und ist eine condictio certae rei: der Schuldschein bildet als Sache eine unrechtmäßige Bereicherung auf seiten des Beklagten, sofern wir in dem Beweismittel ein Vermögensobjekt erblicken wollen. Jedoch wird auch die condictio des Schuldscheines zur Anwendung gebracht, um eine unrechtmäßig übernommene Verpflichtung aufzuheben.[6]) Damit ist in der Tat die condictio liberationis zu einer condictio rei geworden; aber es gilt dies erst für die spätere Zeit. In klassischer Zeit kennen wir nicht eine Aufhebungsform der Obligation durch Rückgabe des Schuldscheines. Es ist alles dies ein weiterer Beweis dafür, daß in klassischer Zeit die condictio liberationis nicht als condictio rei aufgefaßt werden konnte, wie v. Mayr annimmt.[7])

7. Wir kommen somit zu folgendem Ergebnis über die sog. condictio incerti. Die condictio geht ausschließlich und allein auf certum. Eine condictio incerti gibt es nicht. Dagegen gibt es neben der

[1]) Vgl. oben S. 280[1]. — [2]) a. a. O. 323: „Non è quindi audace assumere che la distinzione da ut vel a reddatur è compilatoria". — [3]) oben S. 136 fg. — [4]) 2 C. 4, 9 a. 293, 25 C. 8, 42 a. 294. — [5]) oben Bd. I S. 67 fg. — [6]) 3 C. 4, 5 a. 293. — [7]) Vgl. oben S. 124. 125.

condictio auf dare oportere eine condictio auf facere oportere. Zu diesem Ergebnis haben uns unsere Untersuchungen geführt. Die condictio geht auf dare oportere.[1] Daneben ist aber etwa seit Aristo die condictio auf facere oportere zur Anerkennung gelangt, und zwar zunächst als condictio possessionis.[2] Seitdem sind auch andere Fälle anerkannt worden, in denen die condictio auf facere oportere geht: wir meinen die condictio impensarum[3], die condictio operarum und die condictio habitationis[4], die condictio servitutis[5], die condictio obligationis[6], die condictio liberationis.[7] Daß in diesen Fällen die condictio auf ein Tun, also ein facere, des Beklagten geht, wird auch in der Literatur anerkannt.[8] Man streitet nur darüber, ob auch in der Formel in diesen Fällen die condictio auf facere gerichtet war: und gerade in den neuesten Untersuchungen dieser Frage sind Trampedach[9], v. Mayr[10], Pflüger[11], Di Marzo[12], Benigni[13] sämtlich zu dem Ergebnis gelangt, daß auch in diesen Fällen (condictio possessionis, impensarum etc.) die Formel der condictio nicht auf facere oportere, sondern auf dare oportere gerichtet war. Das Charakteristische dieser genannten Kondiktionsfälle bestehe darin, daß in diesen Fällen etwas als dare gelte, was eigentlich ein facere sei. Es sei dies durch „Dehnung" der Bedeutung von dare erfolgt. Auf diese Weise erkläre es sich auch, warum diese Fälle der condictio in nachklassischer Zeit eine besondere Bezeichnung, nämlich die Bezeichnung condictio incerti erhalten hätten. Formell läge in diesen Fällen eine condictio certi, speziell eine condictio certae rei vor. Aber weil die condictio certi

---

[1]) Vgl. oben S. 47. 61². Die Frage, warum prinzipiell die condictio auf dare oportere geht, wird noch im § 21 Gegenstand unserer Untersuchungen sein. — [2]) Vgl. oben S. 181². — [3]) oben S. 219 fg. — [4]) oben S. 251 fg. — [5]) oben S. 258 fg. — [6]) oben S. 262 fg. — [7]) oben S. 273 fg. — [8]) Vgl. oben S. 30². — [9]) oben S. 18⁵. 79 fg. 195². — [10]) oben S. 19². 85 fg. 195⁴. — [11]) oben S. 20². 64⁵. 129 fg. — [12]) Di Marzo, Studi sulla condictio. I: La condictio incerti. Palermo 1902 (gemäß Benigni, Archivio giuridico LXXV, 2 (1905) S. 311¹. Die Schrift von Di Marzo selbst ist mir trotz wiederholter Bestellung in Palermo leider nicht zugegangen). — [13]) oben S. 179⁴.

stets auf dare oportere gehe, so seien die genannten Fälle der condictio (possessionis, impensarum etc.) nur deshalb als condictio certi aufgefaßt worden, weil die Bedeutung des certum „gedehnt“ worden sei. Die Fälle der condictio incerti seien somit formal Anwendungsfälle der condictio certae rei, und seien wie diese auf dare oportere gerichtet. Immerhin würden diese durch „Dehnung“ des certum und des dare oportere zusammengehaltenen Fälle als besondere Art der condictio, nämlich als condictio incerti aufzufassen sein. Die condictio dare oportere sei condictio certi, die condictio facere oportere sei condictio incerti.[1]) Und wenn auch der Zusatz incerti bei der condictio sicherlich auf Interpolation beruhe[2]), so sei doch die materielle Existenz der condictio incerti nicht erschüttert.[3]) Jedoch nimmt v. Mayr[4]) in einigen Fällen eine Interpolation der condictio incerti statt der klassischen actio incerti an. Bezüglich der letzteren Schlußfolgerung nehmen eine abweichende Stellung Pflüger[5]) und Benigni[6]) ein. Beide Autoren leugnen die Existenz der condictio incerti. Vielmehr läge in den Fällen der condictio possessionis, impensarum etc. eine condictio certi vor, indem die condictio stets auf die ganze vom Beklagten empfangene Sache gerichtet werde[7]), so daß der Beklagte indirekt zur Herausgabe der „Bereicherung“ angehalten werde, wie Pflüger ausführt. Dagegen geht Benigni noch weiter und erklärt alle Anwendungsfälle der sog. condictio incerti auch materiell für ein Werk der Kompilatoren.

Nehmen wir somit im Gegensatz zu diesen neuesten Ergebnissen der Forschung an, daß es neben der condictio auf dare eine condictio auf facere gibt, und weiter, daß neben der condictio certi keine condictio incerti vorkommt, so werden wir zur Antwort auf zwei Fragen verpflichtet sein. Zunächst werden wir zu beantworten haben, warum die Juristen nur mit Widerstreben die condictio auf facere anerkannten, und worin der Unterschied zwischen der con-

[1]) oben S. 22[3]. Vgl. auch S. 61[7]. — [2]) oben S. 16[1—3]. 45[1—6]. — [3]) oben S. 15[3]. — [4]) oben S. 88fg. — [5]) oben S. 20[3]. 64[5]. 134fg. — [6]) oben S. 179[4]. — [7]) Pflüger anerkennt die condictio nur in den Dationsfällen. Vgl. oben S. 131[2]. 133[2—5]. 222fg.

dictio dare von der condictio facere besteht. Als Antwort auf diese Frage ergibt sich aus unseren Untersuchungen folgendes.[1] Der Unterschied zwischen der condictio dare oportere und der condictio facere oportere besteht darin, daß die Verurteilung bei der condictio dare oportere auf den „Sachwert“ des in der intentio der Formel angegebenen Gegenstandes geht[2]), während die Verurteilung bei der condictio facere oportere effektiv auf das „Interesse“ des Klägers geht.[3]) Prinzipiell kann in dem iudicium der condictio die Verurteilung nur auf den „Sachwert“ des in der intentio der Formel in bestimmter Weise angegebenen Gegenstandes gehn. Es ist dies lediglich eine Folge des Charakters der condictio als strictum iudicium.[4]) Von diesem Prinzip macht die condictio facere oportere keine Ausnahme. Auch hier geht die Verurteilung auf den „Sachwert“ des in der intentio der Formel angegebenen Gegenstandes. Aber bei der Bemessung des Sachwertes des facere ergibt sich, daß der Sachwert des facere identisch ist mit dem „Interesse“ des Klägers.[5]) Die zweite Frage, auf welche wir zu antworten haben, geht dahin: Wie ist die in nachklassischer Zeit entstandene Bezeichnung condictio incerti zu erklären? Während nach der bisherigen Forschung (Trampedach, v. Mayr)[6]) die Bezeichnung incerti sich aus der „Dehnung“ des certum erklärt, gelangen wir zu dem Ergebnis, daß die Bezeichnung incerti sich in folgender Weise erklärt. Da die Verurteilung bei der condictio facere oportere auf das „Interesse“ des Klägers geht, so muß dadurch die Vorstellung hervorgerufen werden, als ob von vorneherein die condictio auf ein incertum gerichtet sei[7]), da das „Interesse“ ein incertum ist.[8])

Wir kommen also zu dem Ergebnis, daß es neben der condictio dare oportere eine condictio facere oportere gab. Sowohl die eine wie die andere condictio ist eine condictio certi. Denn die condictio kann niemals auf ein incertum

---

[1]) Über die Frage, warum prinzipiell die condictio auf dare oportere ging, vgl. unten § 21. — [2]) Vgl. oben S. 8fg. 211—219. — [3]) Vgl. oben S. 24. 192[4—6]. 215fg. — [4]) Vgl. oben S. 8fg. 211fg. — [5]) oben S. 215fg. — [6]) oben S. 18fg. — [7]) Vgl. oben S. 218. — [8]) Paul. 68 D. 45, 1 (oben S. 217). Vgl. auch Cels. bei Ulp. 3 D. 2, 5 (oben S. 93).

gehn. Das facere gilt ebenso als certum wie das dare. Wie man in nachklassischer Zeit dazu kam, die condictio facere oportere eine condictio incerti zu nennen, haben wir schon erklärt. Mit Recht betont Kipp, daß condictio incerti nur eine condictio mit unbestimmter intentio sein könnte.[1]) Es wird aber allseits anerkannt, daß auch die sog. condictio incerti eine unbestimmte intentio nicht gehabt habe.[2]) Es scheint, daß die herrschende Ansicht durch die Unterscheidung von stipulationes certae und incertae sich zu der Annahme auch einer condictio incerti hat verleiten lassen.[3]) Ein formeller Unterschied besteht somit zwischen der condictio certi und der sog. condictio incerti nicht[4]); vielmehr liegt in beiden Fällen eine condictio certi vor, da ja die condictio stets nur auf certum gerichtet sein muß.[5]) Daß die condictio dare oportere in einer Verurteilung auf den Sachwert endet, die condictio facere oportere dagegen in einer Verurteilung auf das „Interesse" des Klägers, hängt mit der Natur der condictio nicht zusammen, sondern ist eine Folge davon, daß in den Fällen der condictio facere oportere der Gegenstand der condictio derartig ist, daß sein „Sachwert" nicht anders als durch das „Interesse" des Klägers bemessen werden kann.

Daß die condictio auf facere oportere gehn kann, und daß wir neben der condictio dare eine condictio facere oportere anerkennen müssen, daß wir somit die Fälle der sog. condictio incerti nicht als Anwendungsfälle der condictio dare oportere auffassen dürfen (Trampedach, v. Mayr, Pflüger, Di Marzo, Benigni)[6]), dafür haben wir noch einige direkte Belege. Zunächst meinen wir die bekannte Definition

> G. IV 5 Appellantur autem in rem quidem actiones vindicationes, in personam vero actiones quibus 'dari fierive oportere' intendimus, condictiones.

Bekanntlich ist diese weite Bedeutung der condictio bestätigt durch

---

[1]) oben S. 16 7. 23 1. — [2]) oben S. 17 2. — [3]) Vgl. oben S. 23 fg. 68 fg. 75 1. — [4]) Vgl. oben S. 19 1. 81 fg. — [5]) Vgl. oben S. 51 fg. — [6]) Vgl. oben S. 285.

Ulp. 25 pr. D. 44, 7 Actionum genera sunt duo, in rem, quae dicitur vindicatio, et in personam, quae condictio appellatur. — in personam actio est, qua cum eo agimus, qui obligatus est nobis ad faciendum aliquid vel dandum rel.

Für die Annahme einer Interpolation bei Ulpian[1]) liegt kein Anhalt vor[2]); durch Gaius wird der sachliche Inhalt bestätigt.[3]) Auf die Frage, wie die condictio zu dieser weiten Bedeutung (= actio in personam) kommt, werden wir an anderer Stelle eingehn.[4]) Hier sei nur darauf hingewiesen, daß die condictio auf facere oportere dadurch bezeugt ist[5]), und daß wir somit keinen Grund haben, die Anwendungsfälle der condictio facere oportere (condictiones possessionis, impensarum etc.) als Fälle der condictio dare oportere zu konstruieren.[6])

Daß die condictio auf facere oportere gehn könne, besagen auch ausdrücklich

Tryf. 76 D. 23, 3 — nam ut corporis vel pecuniae translatae, ita obligationis constitutae mortis causa condictio est.[7])

Ulp. 1 pr. D. 12, 7 qui autem promisit sine causa, condicere quantitatem non potest quam non dedit, sed ipsam obligationem.[8])

Daß das Charakteristische der condictio facere oportere die Verurteilung auf das „Interesse" ist, wird sogar einmal bei den Scholiasten ausdrücklich hervorgehoben. Wir glauben, daß dies für die Unterstützung unserer Auffassung nicht

---

[1]) Baron, Condictionen 238fg. — [2]) Zustimmend Pernice, Labeo III 202[1], v. Mayr a. a. O. Z. d. S. St. XXV 203[3]. — [3]) Gleichlautend ist Ulpian, Liber sing. reg. in fine §§ 1. 2. — [4]) unten § 17 II. — [5]) Vgl. auch Trampedach a. a. O. Z. d. S. St. XVII 127/128. Auch Pfersche, Bereicherungsklagen 10 nimmt an, daß die intentio auf facere oportere für die condictio den Quellen entspricht. — [6]) Vgl. oben S. 285[9–12]. — [7]) Vgl. oben S. 127[1] und S. 276. — [8]) Vgl. oben S. 198. Hierher können auch diejenigen zahlreichen Belege herangezogen werden, aus denen hervorgeht, daß die condictio den Beklagten zu einem Tun (Bestellung der Servitut, Eingehung einer Obligation bzw. Liberation davon u. dgl.) verpflichtet. Es liegt kein Grund vor, in diesen Fällen das Tun (facere) als dare aufzufassen. Vgl. oben S. 196[4–8]. 197[1]. 208[2]. 254. 260[2]. 272[5, 6].

ohne Bedeutung ist, da die Scholiasten immerhin das klassische Recht aus der Theorie kannten, wenn sie es auch nicht mehr zur Anwendung bringen[1]):

Stephanus Sch. 2 zu Ulp. 9 pr. D. 12, 1 (Bas. XXIII 1 c. 9 ed. Heimbach II 595): *δυνατὸν δέ ἐστιν εἰπεῖν, ὅτι καὶ ἐπὶ τῶν ἰν φακιένδο ἐπερωτήσεων δύναταί τις τὴν τοῦ διαφέροντος ποσότητα καθ' ἑαυτὸν διατιμησάμενος κέρτως κινεῖν* (dici etiam potest, in stipulationibus, quae in faciendo consistunt, posse quem aestimatione per se facta eius, quod interest, certum condicere).[2])

Der Scholiast hebt also hervor, daß auch aus der Stipulation auf facere, welche als incerta gilt[3]), die condictio certi angestellt werden könne, sofern nur der Kläger den Gegenstand der condictio in bestimmter Weise angebe. Dabei wird als Schätzungsmodus des facere das „Interesse" des Klägers angegeben.[4])

Durch dieses Ergebnis über die sog. condictio incerti tritt der einheitliche Charakter der condictio mit voller Klarheit hervor. Es gibt nur eine condictio. Die condictio ist stets auf certum gerichtet. Daher schwinden sowohl die Einteilungen der condictio nach dem Rechtsgrunde (condictiones indebiti, causa data causa non secuta, sine causa etc.)[5]) als auch die Einteilungen der condictio nach dem Gegenstande der condictio (condictio certi, incerti, triticaria).[6])

## § 17.

## Die prozessualische Bestimmung des Gegenstandes der condictio erfolgt durch ein arbitrium im Verfahren in iure.

Kommen wir nun auf unsere Hauptfrage, in welcher Weise prozessualisch der Gegenstand der condictio bestimmt wurde[7]), so müssen wir folgendes aus unseren bisherigen

[1]) Vgl. oben S. 52 fg. 61. — [2]) Vgl. oben S. 58 fg. — [3]) Ulp. 75 § 7 D. 45, 1 (oben S. 72). — [4]) Über das Selbstschätzungsrecht bei den Scholiasten vgl. oben S. 52 fg. 61 und unten § 17 I. — [5]) Vgl. oben Bd. I 28[1—4], auch Trampedach a. a. O. Z. d. S.St. XVII 97. — [6]) Baron, Kondiktionen 87 fg. Über die condictio triticaria s. oben S. 48[9]. — [7]) Vgl. oben S. 2.

Untersuchungen hervorheben. Wir haben festgestellt, daß die condictio zu einem strictum iudicium führt, d. h. es muß der Gegenstand der condictio in der intentio der Kondiktionsformel in ganz bestimmter Weise angegeben sein. Die Quellen betonen ausdrücklich, daß die intentio der Kondiktionsformel direkt auf den Gegenstand der condictio gerichtet wird.[1]) Dann kann aber der Gegenstand der condictio nicht erst im iudicium festgestellt werden. Es kann auch nicht im iudicium eine Mehrung oder Minderung des Gegenstandes der condictio erfolgen, wie die herrschende Ansicht annimmt. Denn aus dem Charakter der condictio als strictum iudicium folgt, daß der iudex den Beklagten nur auf das verurteilen darf, was in der intentio der Kondiktionsformel als Gegenstand der condictio bezeichnet ist.[2])

I. Müssen wir nun anerkennen, daß der Gegenstand der condictio in der intentio der Kondiktionsformel angegeben war, und daß somit der Gegenstand der condictio schon im Verfahren in iure in ganz bestimmter Weise bekannt sein mußte, so fragt es sich, wie der Kläger in die Lage versetzt wurde, den Gegenstand der condictio in der bestimmten Weise anzugeben. Denn in iudicio durfte weder eine Mehrung noch eine Minderung eintreten.[3]) Eingehend hat sich mit dieser Frage Baron befaßt, welcher annimmt, daß der Kläger den Gegenstand der condictio durch Selbstschätzung zu bestimmen habe.[4]) Wir haben uns der Argumentation von Kipp, welcher in trefflicher Weise die dogmatische Unhaltbarkeit des klägerischen Selbstschätzungsrechtes dartut, in vollem Maße angeschlossen.[5]) Aber Baron[6]) beruft sich in eingehender Weise für das klägerische Selbstschätzungsrecht auf die byzantinischen Scholiasten. Da nun zweifellos bei den Scholiasten der Gegenstand der condictio prozessualisch durch klägerische Selbstschätzung bestimmt wurde, und da Baron nicht zu Unrecht sich darauf beruft, daß das Selbstschätzungsrecht des Klägers bei den Scholiasten schon im klassischen Rechte

---

[1]) Vgl. oben S. 14 fg. — [2]) Vgl. oben S. 8 fg. — [3]) Vgl. oben S. 10 fg. — [4]) Vgl. oben S. 27 fg. 36 fg. — [5]) Vgl. oben S. 31 fg. — [6]) Condictionen 100 fg.

eine Stütze gehabt haben muß[1]), so ist das klägerische Selbstschätzungsrecht, wie es uns bei den Scholiasten auftritt, eingehend zu untersuchen. Baron glaubt sogar im klassischen Rechte direkte Beweise für das klägerische Selbstschätzungsrecht zu haben. Der Hauptbeweis liegt für Baron darin, daß die condictio eine allgemeine Konkurrenzklage sei. Kann aus einem jeden beliebigen Kontraktsverhältnis der Kläger mit der condictio klagen, sofern er seinen Anspruch als certum formuliert, so müsse es der Selbstschätzung des Klägers überlassen bleiben, das certum in der intentio der Kondiktionsformel anzugeben.[2]) Nachdem aber die Interpolation der allgemeinen Konkurrenzcondictio erwiesen ist[3]), verliert das klägerische Selbstschätzungsrecht seine Hauptstütze, wie v. Mayr[4]) mit Recht hervorhebt.

Von den sonstigen Argumenten, welche Baron[5]) für das klägerische Selbstschätzungsrecht ins Feld führt, mißt Baron[6]) eine besondere Bedeutung zu

> Ulp. 8 pr. D. 13, 1 In re furtiva condictio ipsorum corporum competit: sed utrum tamdiu, quamdiu exstent, an vero et si desierint esse in rebus humanis? et si quidem optulit fur, sine dubio nulla erit condictio: si non optulit, durat condictio aestimationis eius: corpus enim ipsum praestari non potest.

Baron erblickt in der condictio aestimationis eine ausdrückliche Bestätigung des klägerischen Selbstschätzungsrechtes. Wir nehmen zwar nicht mit Pflüger[7]) an, daß die condictio aestimationis in unserem Fragmente interpoliert sei[8]), aber wir meinen, daß die condictio aestimationis nicht notwendig auf ein Selbstschätzungsrecht hinweist, sondern

---

[1]) Daraus folgt natürlich nicht, daß schon das klassische Recht das Selbstschätzungsrecht des Klägers zugrunde legte. Aber das Selbstschätzungsrecht bei den Scholiasten läßt sich als Stütze dafür betrachten, daß im klassischen Recht zwar nicht Selbstschätzung durch den Kläger in iure stattfand, wohl aber der Gegenstand der condictio durch ein Schätzungsverfahren in iure bestimmt wurde. — [2]) a. a. O. 93 fg. — [3]) Vgl. oben S. 4[1]. — [4]) Condictio incerti, Z. d. S. St. XXV 275[5, 6]. — [5]) a. a. O. 89 fg. — [6]) a. a. O. 91. — [7]) Ciceros Rede pro Q. Roscio 17 fg. — [8]) Vgl. unten Nr. II.

mit demselben Rechte für ein Schätzungsverfahren in iure in Anspruch genommen werden kann, was unserer Ansicht entspricht.[1])

Aber wir müssen nunmehr dem Selbstschätzungsrechte, wie dieses die Scholiasten annehmen, näher treten, da Baron[2]) hierauf sich besonders beruft. Wir haben bereits oben[3]) ausgeführt, daß die Scholiasten in der Tat bestrebt waren, die condictio auf certum (condictio certi) zu einer reinen Geldklage zu stempeln und mit dieser Bezeichnung nur die condictio certae pecuniae zu treffen. Bei dieser condictio certi nehmen nun die Scholiasten ein klägerisches Selbstschätzungsrecht an. In der Literatur über dieses Selbstschätzungsrecht bei den Scholiasten streitet man nur, ob die condictio certi d. h. die condictio auf eine bestimmte vom Kläger selbst geschätzte Geldsumme in allen Fällen zulässig war, wo der Kläger aus einem beliebigen zivilen Rechtsgrunde einen persönlichen Anspruch geltend machte, oder ob die condictio certi als Geldklage und unter Selbstschätzung des Klägers nur statt der condictio certae rei und der sog. condictio incerti geltend gemacht werden konnte. Es fragt sich also, ob die condictio certi, welche als allgemeine Konkurrenzklage für das klassische Recht nicht anerkannt wird[4]), nicht wenigstens zur Zeit der Scholiasten eine solche allgemeine Konkurrenzklage geworden ist. Baron[5]), welcher schon für das klassische Recht in der condictio eine allgemeine Konkurrenzklage erblickt[4]), behauptet dies natürlich auch für die Scholiasten. Pernice[6]) und Pfersche[7]) dagegen meinen, daß die condictio certi als Geldklage und unter Selbstschätzung des Klägers bei den Scholiasten nur als Konkurrenzklage in den Kondiktionsfällen auftrat, so daß der Kläger berechtigt war, statt der condictio certae rei sowie statt der sog. condictio incerti die condictio certae pecuniae (condictio certi im

[1]) Vgl. unten Nr. II. — [2]) a. a. O. 100 fg. Vgl. oben S. 31. 37 fg. — [3]) S. 56 fg. — [4]) Vgl. oben S. 4[1]. — [5]) a. a. O. 100 fg. — [6]) Sog. Realverbalkontrakt, Parerga IV, Z. d. S. St. XIII 257, jedoch wird 258 oben zugestanden, daß der Scholiast Stephanus für die allgemeine Konkurrenzklage plädierte. — [7]) Bereicherungsklagen 12. 14. 27[2]. 28 fg. Vgl. oben S. 31[5].

Sinne der Scholiasten) zu erheben, nachdem der Kläger die certa res bzw. das sog. incertum selbst in Geld geschätzt hatte. Auch Kipp[1]) neigt dazu, für Justinian (9 D. 12, 1) nur in diesem Sinne, d. h. nur in den Kondiktionsfällen, in der condictio certi (= certae pecuniae) eine Konkurrenzklage zu erblicken.

Erwägen wir die einschlagenden Aussprüche der Scholiasten, so können wir bemerken, daß allerdings die Scholiasten in besonderer Weise hervorheben, daß die condictio certi (= condictio certae pecuniae) stets in Konkurrenz mit der condictio certae rei und der sog. condictio incerti erhoben werden kann, sofern der Kläger die certa res bzw. das sog. incertum durch Selbstschätzung in eine bestimmte Geldsumme umwandelt. Aber andererseits läßt sich nicht leugnen, daß die Scholiasten die condictio certi auch als Konkurrenzklage neben jeder beliebigen zivilen persönlichen Klage zulassen, sofern nur der Kläger seinen Anspruch in einer bestimmten Geldsumme angibt. Damit erledigen sich auch die Zweifel, welche Kipp bezüglich der Interpolation von Ulp. 9 D. 12, 1 hat. Kipp[2]) tritt einerseits zutreffend mit großer Schärfe gegen das klägerische Selbstschätzungsrecht auf. Andererseits meint Kipp[3]), daß aus Ulp. 9 D. 12, 1 nicht notwendig die condictio als allgemeine Konkurrenzklage folge, daß vielmehr die condictio certi nur als Konkurrenzklage neben der condictio certae rei und der sog. condictio incerti erscheine. Für eine solche Auffassung des fr. 9 D. 12, 1 betont natürlich Kipp das 'ex qua certum petitur'[4]), so daß Ulpian sage, daß in allen Kondiktionsfällen die condictio certi (= condictio certae pecuniae) zulässig sei, sofern der Kläger den Gegenstand der condictio unter Selbstschätzung in einer bestimmten Geldsumme angebe. Eine solche Auffassung von 9 D. 12, 1 hat bekanntlich schon v. Savigny[5]) vertreten. Daher spricht sich Kipp[6]) gegen die Annahme der Interpolation von 9 D. 12, 1 aus. Sollte man aber aus 9 D. 12, 1 die condictio als allgemeine

---

[1]) v. condictio in Pauly-Wissowa, Realencyklop. 852, 32 fg., 58 fg. — [2]) a. a. O. 851, 32 fg. — [3]) a. a. O. 851, 32 fg. — [4]) a. a. O. 850, 45. — [5]) System V 580a. — [6]) a. a. O. 850, 43 fg.

Konkurrenzklage folgern wollen, so tritt auch Kipp[1]) für die Interpolation von 9 D. 12, 1 ein. Es ist nun so viel zugunsten der Auffassung bei Kipp zuzugestehn, daß unter Betonung des 'ex qua certum petitur' man auf Grund von 9 pr. D. 12, 1 zur condictio als Konkurrenzklage nur in den Kondiktionsfällen gelangen könnte. Aber wenn wir festzustellen vermögen, daß bei den Scholiasten die condictio als allgemeine Konkurrenzklage anerkannt war, so werden wir dies auch für Justinian annehmen müssen.[2]) Denn die Scholiasten kommentieren das Justinianische Recht.[3]) Will nun aber Kipp die allgemeine Konkurrenzklage für das klassische Recht nicht gelten lassen, so muß er mit uns für die Interpolation von 9 D. 12, 1 eintreten.[4])

Da besteht nun unsere Aufgabe darin, nachzuweisen,

---

[1]) a. a. O. 852, 58. Vgl. oben S. 4[1 a. E.] — [2]) Auch Girard, Droit romain[4] 610[2] anerkennt für Justinian auf Grund von 9 D. 12, 1 die condictio generalis d. h. die condictio als allgemeine Konkurrenzklage. — [3]) Vgl. oben S. 52[3]. — [4]) Vgl. oben S. 4[1 a. E.] Bemerken wollen wir, daß Kipp natürlich nicht in Widerspruch zu sich selbst gerät, wenn er a. a. O. 849, 58 fg. ausführt, daß die condictio certae pecuniae „aus jedem das certam pecuniam dare oportere zivilrechtlich rechtfertigenden Grunde angestellt werden" konnte und 850, 33 fg. von der condictio certae rei sagt, daß sie „in klassischer Zeit aus jedem zivilrechtlich das dare oportere rechtfertigenden Grunde erhoben werden konnte oder wenigstens nicht auf Fälle der Rückforderung eines ungerechtfertigten Erwerbes beschränkt war". Kipp will offenbar damit nur auf die ursprüngliche breite Grundlage der condictio hinweisen, wie sie insbesondere Bekker, Aktionen I 93 fg. dargetan hat. Dies hebt Kipp 852, 62 fg. ausdrücklich hervor: „Trotz der allgemeinen Anwendbarkeit der condictio certi und triticaria auf alle Fälle, in denen certa pecunia bzw. certa res geschuldet wird, werden beide bei den klassischen Juristen meistens in dem Zusammenhange erwähnt, daß etwas zurückzuleisten ist, was der Beklagte irgendwie unrechtfertig in Händen hat". Daher räumt Kipp 853, 4 fg. ein, daß der Ausgangspunkt für alle Kondiktionsfälle (sowohl für die „Bereicherungsfälle" als auch für die wenigen Fälle, wo wir nicht mehr von „Bereicherungsfällen" sprechen können, als Darlehns-, Stipulations-, Legatsklage) ein gemeinsamer gewesen ist, wie Pernice, Labeo III 220 fg. ausführt. Nach Kipp ist die condictio überall am Platze, wo kraft Rechtens (und nicht kraft Willkür des Klägers) ein certum gefordert werden kann. Daher betont Kipp 850, 45 für 9 pr. D. 12, 1 das ex qua certum petitur und verwirft konsequent und entschieden 851, 32 fg. das klägerische Selbstschätzungsrecht im Baronschen Sinne.

daß die Scholiasten die condictio certi (= condictio certae pecuniae) nicht nur als Konkurrenzklage in allen anderen Kondiktionsfällen auffassen, sondern als Konkurrenzklage bei allen zivilen persönlichen Ansprüchen überhaupt, sofern nur der Kläger unter Selbstschätzung seinen Anspruch als certa pecunia angibt. Und dies läßt sich in der Tat feststellen.

Schol. 2 des Stephanus zu Ulp. 9 pr. D. 12, 1 (Bas. XXIII 1 c. 10 ed. Heimbach II 595).[1]) Stephanus betont, daß auch aus einer Stipulation auf facere die condictio certi erhoben werden könne, sofern nur der Kläger sein Interesse selbst schätze und nunmehr die condictio auf die Schätzungssumme erhebe. Die Stipulation auf facere führt aber zu einer actio ex stipulatu[2]): es greift also unter Vermittelung des klägerischen Selbstschätzungsrechtes die condictio certi konkurrierend mit der actio ex stipulatu, also nicht bloß konkurrierend mit der condictio certae rei und der sog. condictio incerti ein. Daß Stephanus ohne Zweifel diese Auffassung hat[3]), ergibt sich daraus, daß Stephanus die gegenteilige Ansicht des Theophilus anführt, welcher die condictio überhaupt nicht zulasse, wenn ein incertum Gegenstand der Klage sei, z. B. bei der stipulatio auf facere oder der Kaufklage. Gegenüber dieser abweichenden Ansicht des Theophilus hebt Stephanus nochmals hervor, daß aus jedem beliebigen Kontrakte die condictio certi (= certae pecuniae) nach Selbstschätzung seitens des Klägers erhoben werden könne.[4])

Ja, wir müssen behaupten, daß der Scholiast Stephanus sogar noch weiter geht. Es scheint nämlich unter den Scholiasten noch nach einer anderen Richtung hin eine Meinungsverschiedenheit bestanden zu haben. Die einen

---

[1]) oben S. 58 fg., 290. — [2]) Ulp. 24 D. 12, 1 (oben S. 25). — [3]) Dies räumt auch ein Pernice, Sog. Realverbalkontrakt, Parerga IV, Z. d. S.St. XIII 258 oben. Ausdrücklich wird dies bestätigt durch Sch. 5 zu Ulp. 43 § 1 D. 23, 3 (Bas. XXIX 1 c. 39 ed. Heimbach III 379). — [4]) Dasselbe führt der Scholiast Cyrillus aus Sch. 1 zu Ulp. 9 pr. D. 12, 1 (Bas. XXIII 1 c. 9 ed. Heimbach II 594/595). Auch Sch. 1 zu Paul. 19 D. 13, 1 (Bas. LX 10 c. 19 ed. Heimbach V 445) bemerkt allgemein: *κονδικτίκιον γενικὸν* — *τὸν* ex omni obligatione *κινούμενον* (condictionem generalem, qua agitur ex omni obligatione).

Scholiasten z. B. Theophilus[1]) anerkannten überhaupt nicht die condictio als allgemeine Konkurrenzklage d. h. in Konkurrenz mit allen persönlichen zivilen Klagen, sofern nur der Kläger seinen Anspruch als certum faßte. Vielmehr nahmen diese Scholiasten nur eine Konkurrenz der condictio certi = condictio certae pecuniae in allen Kondiktionsfällen an. Danach konnte der Kläger, dem eine condictio zustand, stets die condictio certi = condictio certae pecuniae erheben, also auch in den Fällen, wo an sich eine condictio certae rei oder eine condictio auf facere oportere vorlag, sofern nur der Kläger selbst die Schätzung der certa res bzw. des facere in Geld vornahm.[2]) Diese beschränkte Konkurrenz der condictio certi = condictio certae pecuniae vertraten die einen Scholiasten. Andere Scholiasten z. B. Stephanus[3]) nahmen dagegen die allgemeine Konkurrenz der condictio an, d. h. die condictio konkurrierte mit allen persönlichen zivilen Klagen, sofern der Kläger seinen Anspruch als certum fasste. Aber unter diesen Scholiasten, welche in der condictio eine allgemeine Konkurrenzklage erblickten, teilten sich wiederum die Ansichten in folgendem Punkte. Die einen verlangten vom Kläger, daß er durch Selbstschätzung seinen Anspruch in einer bestimmten Geldsumme angab, also stets die condictio certi = condictio certae pecuniae erhob. Die anderen dagegen gestatteten dem Kläger, durch Selbstschätzung auch eine bestimmte Sache zum Gegenstande seines Anspruches zu machen.[4]) Nach der letzteren Ansicht war dann das Prinzip, daß der Kläger seinen Anspruch durch Selbstschätzung bestimmte, konsequent durchgeführt. Der Kläger konnte aus einem beliebigen persönlichen zivilen Anspruch die condictio erheben, sofern er nur durch Selbstschätzung den Gegenstand seines Anspruches als eine bestimmte Geldsumme oder als eine bestimmte Sache angab. Der Kläger konnte somit

---

[1]) Scholie 2 zu Ulp. 9 pr. D. 12, 1 (Bas. XXIII, 1 c. 9 ed. Heimbach II 595), oben S. 58 fg. — [2]) Vgl. oben S. 31[4, 5]. — [3]) Vgl. oben S. 296[1]. — [4]) Diese Teilung der Ansichten ergibt sich deutlich aus den Ausführungen in Sch. 6 Abs. 2 zu Ulp. 9 § 1 D. 12, 1 (Bas. XXIII 1 c. 9 ed. Heimbach II 597). Vgl. auch Cyrillus Sch. 1 zu Ulp. 9 pr. D. 12, 1 (Bas. XXIII 1 c. 9 ed. Heimbach II 595).

mit der condictio certae pecuniae (condictio certi in diesem Sinne) bzw. mit der condictio certae rei (condictio triticaria) jeden beliebigen persönlichen zivilen Anspruch geltend machen.[1]) Der Kläger hatte nur die Aufgabe, den Gegenstand seines Anspruches als eine bestimmte Geldsumme bzw. als eine bestimmte Sache anzugeben, wobei er sich freilich der Gefahr der plus petitio aussetzte, was Stephanus[2]) zugibt, aber damit entschuldigt, daß ja auch der emtor eine plus petitio begehn könne, was natürlich für das klassische Recht falsch ist, da die actio emti eine unbestimmte intentio hat.[3]) Nach dieser Auffassung wurde in der Tat der Gegenstand der condictio erst durch die Selbstschätzung des Klägers überhaupt festgestellt, wie dies auch Baron[4]) von der prozessualischen Bestimmung des Gegenstandes der condictio annimmt. Danach ist nicht die vom Beklagten empfangene Sache Gegenstand der condictio, sondern jede vom Kläger durch Selbstschätzung angegebene bestimmte Geldsumme oder bestimmte Sache kann mit der condictio eingeklagt werden, sofern es sich um einen persönlichen zivilen Anspruch handelt. Die Auffassung von Baron entspricht also durchaus der Ansicht des Stephanus und derjenigen Scholiasten[5]), welche diesem folgen. Daß aber so, wie angegeben, Stephanus über die condictio als allgemeine Konkurrenzklage urteilt, ergibt sich aus dessen Ausführung

Sch. 2 zu Ulp. 4 § 1 D. 12, 1 (Bas. XXIII, 1 c. 4 ed. Heimbach II 591): *Στεφάνου. Τινὲς μὲν εἰπεῖν ἐπεχείρησαν, ὅτι τὸν κονδικτίκιον ἐνταῦθα κινεῖ ὁ ὑποθέμενος, οὐκ ἐπ' αὐτῷ τῷ ἐνεχυρασθέντι πράγματι, ἀλλ' ἐπὶ τῇ διατιμήσει αὐτοῦ. πῶς γὰρ οἷόν τ ἐστί, φασί, δεσπότου ὄντος τοῦ ἐνεχύρου κινῆσαι τὸν κονδικτίκιον καὶ εἰπεῖν, σὶ πάρετ δάρε ὀπορτέρε; δάρε γάρ ἐστι τὸ δεσπότην ποιῆσαι. ταῦτα μὲν*

[1]) Vgl. oben S. 28[1]. — [2]) Scholie 2 g. E. zu Ulp. 9 pr. D. 12, 1 (Bas. XXIII 1 c. 9 ed. Heimbach II 596). Siehe oben S. 60. — [3]) Vgl. G. IV 54. — [4]) Vgl. oben S. 27 fg. 37 fg. — [5]) z. B. Cyrillus Sch. 1 zu Ulp. 9 pr. D. 12, 1 (Bas. XXIII 1 c. 9 ed. Heimbach II 595), welcher betont, daß die condictio triticaria (= condictio certae rei) dieselbe Natur habe, wie die condictio certi (= condictio certae pecuniae). Vgl. oben S. 296[4].

*οὖν, ὥς εἶπον, τινές. ἐναντιοῦται δὲ τοῖς ταῦτα λέγουσι τὸ ῥητόν. οὔτε γὰρ εἶπε κονδικτικεύεσθαι τὴν διατίμησιν, ἀλλ' αὐτὸ τὸ πρᾶγμα. τί οὖν; καὶ ἐπὶ τοῦ παρόντος θέματος καὶ ἐπὶ τῶν ἑπομένων δύο θεμάτων, τοῦτ' ἔστι, τῶν τε καρπῶν καὶ τῶν ὑπὸ τοῦ ποταμοῦ μετενεχθέντων κινεῖται ὁ παρὼν κονδικτίκιος. οὐ κατὰ τὴν οἰκείαν μέντοι ἰδιότητα καὶ φύσιν· φησὶ γὰρ αὐτῷ δεσποτείαν ἀνακαλεῖσθαι· ἀλλὰ κατὰ τὴν γενικὴν αὐτοῦ σημασίαν· γενικὸς γὰρ ὢν ὁ παρὼν κονδικτίκιος καὶ περιέχων τὸ ἰνδέβιτον, καὶ τοὺς ὑπὸ τὸν ἰνδέβιτον ἀναγομένους, ἤτοι τὸν καῦσα δάτα, καῦσα νὸν σεκοῦτα, τὸν ὀβ τούρπεμ βὲλ ἰνιούσταμ καύσαμ, καὶ πρὸς τούτοις καὶ τὸν γενικώτατον τοῦ ἰνδεβίτου, λέγω δὲ τὸν σίνε καύσα κονδικτίκιον, καὶ τὸν φούρτιβον, ἔνθα μὲν κινεῖται κατὰ τὴν αὐτοῦ φύσιν καὶ ἰδιότητα, καὶ κυρίως ἀπὸ κέρτης ἐπερωτήσεως· μηδενὸς γὰρ ἑτέρου τικτομένου ἐξ αὐτῆς τῆς κέρτας ἐπερωτήσεως, αὐτόθι ὁ κέρτος γενικὸς τίκτεται κονδικτίκιος, ὡς ὁ Οὐλπιανὸς ἐν τῷ κδ'. διγ. τοῦ παρόντος τιτ. φησίν. ἀπὸ μὲν γὰρ τῶν ἄλλων συναλλαγμάτων καὶ αἰτιῶν ἄλλη τις προτίκτεται προτέρα ἀγωγή, οἷον ἒξ ἔμπτο, λοκάτο, δανειακὸς κονδικτίκιος, δεποσίτου, κομμοδάτου, καὶ οὐδὲν ἧττον ἀπ' αὐτῶν ὁ κέρτος γενικὸς κονδικτίκιος ἀναδυόμενος τὴν ἤδη λεχθεῖσαν ἀγαγωγήν, ὡς γένος κινεῖται· ἀπὸ δὲ κέρτης ἐπερωτήσεως οὐδὲν ἕτερον τίκτεται ἢ μόνος ὁ κέρτος γενικὸς κονδικτίκιος. καὶ εἰκότως ἀπὸ κέρτης ἐπερωτήσεως κατὰ φύσιν καὶ ἰδιότητα κινεῖται. ἔνθα οὖν κατὰ τὴν ἰδίαν φύσιν καὶ ἰδιότητα κινεῖται, καὶ οὐκ ὑποδύεται τὸν καύσα δάτα κονδικτίκιον, καὶ τὸν φούρτιβον, φυλάττει πάντως τοὺς ἰδίους ὅρους, καὶ δεσποτείαν ἀπαιτεῖ κεχρημένος τῇ ἀκριβείᾳ τοῦ σὶ πάρετ δάρε ὀπορτέρε. ὅπερ ἔστιν ἰδεῖν ἐπὶ κέρτης ἐπερωτήσεως. ἐπὶ ταύτῃ γὰρ κατὰ τὴν οἰκείαν ἰδιότητα κινούμενος ὁ παρὼν κονδικτίκιος ἀκαινοτόμητον καὶ ἀπαράβατον τὴν οἰκείαν φυλάττει φύσιν καὶ δεσποτείαν ἀπαιτεῖ. ἔνθα δὲ μὴ κατὰ τὴν οἰκείαν ἰδιότητα, ἀλλ' ὡς γένος κινεῖται, τότε τὴν φύσιν ἀναδύεται τοῦ κονδικτικίου* [Fabrot-Heimbach *καὶ ὑποδύεται τὴν φύσιν κονδικτικίου*], *ὑπὲρ οὗ καὶ κινεῖται. καὶ ἐπὶ τῶν παρόντων τοίνυν θεμάτων ἐπειδὴ οἶδας, ὅτι ταῦτα τῷ σίνε καύσα κονδικτικίῳ ἤτοι τῷ ἐξ ἰνιούστα καύσα κονδικτικίῳ διαφέρει, παρεκβαίνει τοὺς ἰδίους ὅρους, καὶ τὴν ἰδίαν ἰδιότητα, καὶ τὴν φύσιν, καὶ ὥσπερ*

*ὑποδυομένου τοῦ ἐξ ἰνιούστα καύσα, καὶ τοῦ σίνε [καύσα] κονδικτικίου, δίδωσιν ἑαυτὸν τῷ δεσπότῃ τοῦ ἐνεχύρου, καὶ τῶν καρπῶν, [καὶ] τῶν ὑπὸ τοῦ ποταμοῦ μετενεχθέντων, εἰ καὶ δεσποτεία ἀπαιτουμένων αὐτὸν ὁρᾷ. φύσις γὰρ τῷ ἐξ ἰνιούστα καύσα κονδικτικίῳ τὰ ὅπως δήποτε ἀδίκως κατεχόμενα ἀνακαλεῖσθαι, κ'ἂν δεσπότης ᾖ ὁ κινῶν, ὡς ὁ Οὐλπιανὸς ἐν τῷ ε'. τιτ. τοῦ παρόντος βιβλίου φησὶ διγ. ς'. καὶ ὅτι μὲν τῷ ἐξ ἰνιούστα καύσα κονδικτικίῳ φύσις αὕτη, μαρτυρεῖ ὁ Παῦλος ἐν τῷ ις'. βιβ. τιτ. γ'. διγ. ιγ'. ἀπὸ γὰρ δόλου τοῦ δεποσιταρίου δίδωσι τῷ παραθεμένῳ τὸν κονδικτίκιον, καὶ ταῦτα δεσπότου ὄντος τῆς παραθήκης. ἰνιούσταν γὰρ λέγω καύσαν, οὐ τὴν ἄδικον μόνην, ἀλλὰ καὶ τὴν* [Fabrot-Heimbach *μὴ*] *δικαίαν. κανονικῶς γὰρ ἐπὶ πάσης μὴ δικαίας κατοχῆς ἐξ ἰνιούστα, ἤτοι ὁ σίνε καύσα δίδοται κονδικτίκιος, ὡς καὶ ὁ Μαρκιανὸς ἐν τῷ κε'. τῶν διγ. βιβ. τιτ. β'. διγ. κε'. κανονίζων φησίν. ὥς τε οὐδὲν θαυμαστόν, εἰ γενικὸς ὢν ὁ προκείμενος κονδικτίκιος ὑποδύεται καὶ ἀναλαμβάνει τὴν φύσιν τοῦ ἐξ ἰνιούστα καύσα κονδικτικίου ἐπὶ τῶν παρόντων θεμάτων καὶ ἐπιδίδωσιν ἑαυτὸν τῷ κινοῦντι, κἂν δεσπότης ᾖ τῶν ἐνεχύρων, ἢ τῶν καρπῶν, ἢ τῶν ὑπὸ τοῦ ποταμοῦ μετενεχθέντων.*

Stephani. Quidam tentarunt dicere, eum, qui pignori dedit, hoc loco condictione experiri non propter rem pignori datam, sed propter eius aestimationem. Quomodo enim, inquunt, possibile est, condicere eum qui pignoris dominus est ac dicere 'si paret dare oportere'? Dare enim est, dominum facere. Haec igitur, ut dixi, quidam sustinebant. His autem, qui haec dicunt, textus adversatur. Neque enim dixit, aestimationem condici, sed ipsam rem. Quid ergo? Etiam in praesenti casu et duobus sequentibus id est in fructibus et his, quae vi fluminis translata sunt, haec condictio intenditur. Non tamen secundum proprietatem suam et naturam: dicitur enim ea dominium revocari: sed secundum generalem eius significationem: cum enim praesens condictio generalis sit et complectatur condictionem indebiti, et quae ad eam referuntur, id est condictionem causa data, causa non secuta, condictionem ob turpem vel iniustam causam, et praeterea generalem indebiti id est condictionem sine causa, et furtivam, quando

intenditur secundum naturam eius et proprietatem, et proprie condictionem ex stipulatione certa: nam cum nulla alia ex ipsa stipulatione certa oriatur, statim certa condictio generalis nascitur, ut ait Ulpianus dig. 24 huius tituli. Nam ex aliis quidem contractibus et causis alia quaedam nascitur actio prior, ut puta ex emto, locato, condictio ex mutuo, actio depositi, commodati: et nihilominus ex iisdem certa condictio generalis respuens actionem iam dictam, velut genus intenditur: ex certa autem stipulatione nulla actio nascitur, praeter solam certam condictionem generalem. Et merito ex certa stipulatione secundum naturam et proprietatem suam intenditur. Ubi igitur secundum naturam suam ac proprietatem intenditur, et non assumit condictionem causa data, vel condictionem furtivam, servat omnino fines proprios, et dominium petit, et utitur subtilitate formulae 'si paret dare oportere'. Quod cognosci potest in stipulatione certa. In ea enim si praesens condictio secundum proprietatem suam intenditur, illibatam et perpetuam naturam suam servat, et per eam dominium petitur. Ubi vero non secundum proprietatem suam, sed tanquam genus intenditur, tunc naturam condictionis exuit, et induit naturam condictionis per quam hoc casu intenditur. Et in praesentibus casibus quoniam dicisti, haec ad condictionem sine causa et ex iniusta causa pertinere, egreditur terminos suos, et proprietatem suam et naturam, et veluti suscepta condictione ex iniusta causa et sine causa, dat se ipsam domino pignoris, et fructuum, et eorum, quae a flumine translata sunt, licet dominium eorum, quae petuntur, ad eum pertineat. Nam haec est natura condictionis ex iniusta causa, ut ea, quae quomodocunque iniuste possidentur, revocet, licet dominus sit, qui agit, ut ait Ulpianus tit. 5 huius libri dig. 6. Hanc autem naturam esse condictionis ex iniusta causa, auctor etiam est Paulus lib. 16 tit. 3 dig. 13. Nam ex dolo depositarii condictionem dat depositori, licet rei depositae dominus sit. Iniustam enim dico causam, non iniustam tantum, sed et non iustam. Regulariter enim in omni non iusta detentione ex iniusta sive sine causa datur condictio, ut definit etiam Marcianus lib. 25 Dig. tit. 2

dig. 25. Itaque mirum non est, si, cum proposita condictio generalis sit, induat et recipiat naturam condictionis ex iniusta causa in praesentibus casibus, seque agenti dedat, licet dominus sit pignorum, aut fructuum, aut eorum, quae vi fluminis translata sunt).[1])

Stephanus knüpft an Ulp. 4 § 1 D. 12, 1 an und begründet mit dem von Ulpian gegebenen Beispiele, daß die condictio als condictio generalis in allen Fällen zulässig ist, in denen der Kläger auf Grund eines persönlichen zivilen Anspruches eine bestimmte Geldsumme oder eine bestimmte Sache fordert. Aus dieser Ausführung des Stephanus ergibt sich zugleich, daß wir in 4 § 1 D. 12, 1 die condictio generalis vor uns haben, wodurch die Interpolation des Ulpianischen Fragmentes unterstützt wird.[2]) Daher brauchen wir für Ulp. 4 § 1 D. 12, 1 nicht mit Pernice[3]) zu einer condictio possessionis zu greifen[4]), noch auch mit einer späteren Auffassung von Pernice[5]) sowie mit Pflüger[6]) zu einer condictio furtiva. Stephanus tritt ausdrücklich dagegen auf, daß der Kläger zwecks Geltendmachung der condictio generalis eine Schätzung seines Anspruches in Geld machen müsse, vielmehr könne die condictio generalis auch auf eine bestimmte Sache gehn, als condictio certae rei. Aus den Worten, welche Stephanus seinen Gegnern in den Mund legt, ergibt sich zugleich, warum mehrere Scholiasten die condictio generalis nur als condictio certi = condictio certae pecuniae zuließen. Durch diese condictio certi suchten offenbar die Scholiasten einen Verstoß gegen die Voraussetzung des dare oportere zu vermeiden. Die Formel der condictio

---

[1]) Dieselbe Auffassung bei Stephanus Sch. 7 zu Ulp. 9 § 1 D. 12, 1 (ib. Heimbach II 597). — [2]) Bei Ulpian ist von der fiducia die Rede gewesen. Vgl. oben S. 5[2]. Damit nehmen wir natürlich nicht etwa eine Konkurrenz zwischen condictio und actio fiduciae an. Bei Ulpian 4 § 1 D. 12, 1 ist von der condictio überhaupt nicht die Rede gewesen; vielmehr ist diese erst durch Interpolation hineingekommen. Vgl. oben Bd. I 60[1]. — [3]) Labeo III 231[6, 7]. — [4]) Vgl. oben S. 191[1], sowie Trampedach a. a. O., Z. d. S. St. XVII 110, v. Mayr, Condictio incerti, Z. d. S. St. XXV 190[2]. — [5]) Labeo II[2], 2 S. 100[2]. — [6]) Condictio incerti, Z. d. S. St. XVIII 113[1] und Ciceros Rede pro Q. Roscio 55.

ging auf dare oportere.[1]) Dare oportere heißt aber zum Eigentümer machen.[2]) Dies dare oportere stand nun der Ausdehnung der condictio auf diejenigen Fälle entgegen, wo nach Justinianischem Rechte der Eigentümer in Konkurrenz mit einer Kontraktsklage[3]) die condictio geltend machen wollte. Wollte man nun mit der condictio eine allgemeine Konkurrenzklage schaffen, so mußte man diese Schwierigkeit beseitigen. Man glaubte sie damit beseitigen zu können, daß man den Kläger zwang, seinen Anspruch in Geld anzugeben. Denn nunmehr konnte auch der Eigentümer einer Sache sagen 'dare oportere'. Stephanus ist weniger skrupulös. Er anerkennt die condictio als allgemeine Konkurrenzklage nicht bloß, wo es sich um die Forderung einer Geldsumme handelt, sondern auch, wo es sich um die Forderung einer Sache handelt. Damit hat die Entwickelung der condictio einen Abschluß gefunden, freilich einen Abschluß, der mit dem Anfange der Entwickelung noch kaum etwas Gemeinsames hat.[4]) Ja, selbst von der allgemeinen Auffassung der condictio in dem Sinne von actio in personam[5]) ist dieser Abschluß der Entwickelung, wie er in Stephanus uns vorliegt, weit verschieden.[6]) So war die condictio certi in ihrer Beschränkung auf die Bedeutung von condictio certae pecuniae das Durchgangsstadium zur condictio generalis als allgemeiner Konkurrenzklage. Den Satz, daß die condictio allgemeine Konkurrenzklage ist, wiederholt Stephanus in unserer Scholie in verschiedenen Formen. Er betont, daß dem Wesen und der Natur der condictio entspricht, daß sie auf dare oportere geht. Daher könne die condictio an sich nicht dem Eigentümer zustehn, und somit nicht dem Pfandschuldner und Deponenten. Aber, fährt Stephanus fort, die condictio sei generalis nicht nur den anderen Kondiktionen (indebiti, causa data, ob turpem vel iniustam causam, sine causa, furtiva) gegenüber, sondern sie sei generalis auch allen anderen persönlichen zivilen Klagen gegenüber, als der actio ex emto,

---

[1]) Vgl. oben S. 47 und unten § 18. — [2]) G. IV 4. Vgl. unten § 21. — [3]) Vgl. oben S. 4. 5. — [4]) Vgl. oben S. 53[3]. — [5]) G. IV, 5. — [6]) Vgl. unten Nr. II.

locati, commodati, depositi, ex mutuo.[1]) Indem Stephanus von der condictio generalis den anderen Kondiktionen (indebiti, causa data etc.) gegenüber spricht, hat er offenbar die Auffassung derjenigen Scholiasten[2]) vor Augen, welche in der condictio certi = condictio certae pecuniae eine Konkurrenzcondictio nur mit der condictio certae rei und der condictio auf facere unter Annahme der klägerischen Selbstschätzung in Geld erblicken.[3]) Diese Konkurrenzcondictio widerspricht nach Stephanus nicht der Natur der condictio. Dagegen gehe die condictio über die ihr von ihrer Natur gegebenen Grenzen hinaus, wenn sie mit allen anderen persönlichen zivilen Klagen (emti, depositi, commodati etc.) konkurriere. Nichtsdestoweniger anerkennt Stephanus die Konkurrenz der condictio auch in diesen Fällen, indem er von seinem Standpunkte aus sich beruft auf Ulp. 6 D. 12. 5, Paul. 13 D. 16, 3 und Marcian 25 D. 25, 2.[4]) Das Absonderliche und dem Wesen der condictio

[1]) Vgl. auch Sch. 3 u. 4 zu Ulp. 9 pr. D. 12, 1 (Bas. XXIII 1 c. 9 ed. Heimbach II 596), wo ausgeführt wird, daß die condictio als allgemeine Konkurrenzklage die Natur derjenigen Klage annehme, an deren Stelle sie in dem betreffenden Falle trete. Damit ist dann auf das deutlichste die condictio als ganz allgemein mit allen anderen Klagen konkurrierend anerkannt. — [2]) Vgl. Sch. 5 zu 4 § 1 D. 12, 1 (Bas. XXIII 1 c. 4 ed. Heimbach II 592), wo die condictio certi = condictio certae pecuniae als dem Wesen der condictio entsprechend hingestellt wird, während die condictio rei gegen die Natur der condictio sei. — [3]) Vgl. oben S. 293. — [4]) Daher führt Stephanus in einem von uns nicht mehr angegebenen Schlusse in derselben Scholie 4 zu Ulp. 4 § 2 D. 12, 1 (Bas. XXIII 1 c. 4 ed. Heimbach II 591) aus, daß es unrichtig sei, nur von der condictio furtiva anzunehmen, daß sie dem Eigentümer zustehe. Auch in anderen Fällen stehe die condictio dem Eigentümer zu. Ebenso der Scholiast Enantiophanis Sch. 5 ib. Heimbach II 592. Dies entspricht wohl dem Rechte zur Zeit der Scholiasten, wo die condictio allgemeine Konkurrenzklage ist, entspricht dagegen nicht dem klassischen Rechte. Vgl. oben Bd. I 34. 38. 42[2, 3] u. oben S. 182 fg. Daher vermögen wir auch nicht der Auffassung von Kindel, die Natur der Sach- und Haftklage, insbesondere der Kondiktion, Archiv f. bürgerl. Recht VII (1893) 238 fg. beizutreten, wonach bei den Scholiasten die condictio die Klage „des Eigentümers gegen den Nichteigentümer“ sei. Die Folge davon ist, daß Kindel, gerade umgekehrt wie wir (oben Bd. I 34), als Voraussetzung der condictio fordert, daß der Kondiktionsbeklagte Eigentum nicht erworben

Widersprechende bestehe aber in diesen Fällen darin, daß hier die condictio mitunter selbst dem Eigentümer zusteht. Besondere Kenntnis des klassischen Rechtes beweisen diese

---

habe „wegen des mangelnden Rechtsgrundes". Ohne im Detail an dieser Stelle auf die geistvollen und — was zugegeben werden muß — prinzipiell scharf gefaßten Ausführungen eingehn zu können, scheint uns für das klassische Recht gegen Kindel zu sprechen, daß die Juristen nachdrücklichst hervorheben, daß die condictio ausgeschlossen ist, wenn dem Kläger die vindicatio zusteht. Als einzige Ausnahme gilt die condictio ex causa furtiva (oben Bd. I 34. 42 [1. 2]). Daraus folgt, daß die condictio nicht die Klage des Eigentümers gegen den Nichteigentümer ist, sondern die Klage des Nichteigentümers gegen den Eigentümer auf Herausgabe der vom Beklagten aus einem gültigen Rechtsgrunde erworbenen „Bereicherung". Vgl. auch H. Krüger, Z. d. S.St. XXIV 468 und unten § 22. Aber auch die Scholiasten haben nicht die Auffassung, welche Kindel vertritt. Allerdings betonen die Scholiasten wiederholt (vgl. Anfang dieser Anm.), daß die condictio nicht nur in dem Falle der condictio furtiva dem Eigentümer zusteht, sondern daß dies auch in anderen Fällen vorkomme. Aber diese Auffassung der Scholiasten ist nicht eine Folge davon, daß ihnen die condictio die Klage des Eigentümers gegen den Nichteigentümer sei, sondern eine Folge davon, daß die Scholiasten in der condictio eine allgemeine Konkurrenzklage erblicken. In den Fällen des Pfandrechts, des Depositum u. a. verstieß natürlich die condictio als allgemeine Konkurrenzklage gegen den Satz nemo rem suam condicere potest (G. II 79, IV 4, Ulp. 12 D. 7, 9, 1 § 1 D. 13, 3). Um nun auch in diesen Fällen die Konkurrenz der condictio durchzuführen, stieß man den Satz nemo rem suam condicere potest um. Dies setzt recht deutlich auseinander Stephanus am Schluß der Sch. 4 zu Ulp. 4 § 1 D. 12, 1 (Bas. XXIII 1 c. 4 ed. Heimbach II 591). Wir berufen uns insbesondere auf diese Scholie, weil Kindel a. a. O. 236 sie zum Motto seiner Ausführungen macht. Aus dem Zusammenhang der Ausführungen des Stephanus mit dessen vorhergehenden Ausführungen in derselben Scholie über die allgemeine Konkurrenz der condictio (oben S. 298 fg. Sch. Steph. zu 4 § 1 D. 12, 1) folgt u. E. mit Zweifellosigkeit, daß Stephanus nicht in der condictio eine Klage des Eigentümers gegen den Nichteigentümer erblickte, wie Kindel meint, sondern daß Stephanus dem Eigentümer die condictio allgemein und nicht bloß bei der condictio furtiva zugestand, um die allgemeine Konkurrenz der condictio mit allen zivilen persönlichen Klagen durchzuführen. Aus diesem Grunde wird wiederholt bemerkt, daß die condictio auch dem Eigentümer gegen den Nichteigentümer zustehe.

Die Auffassung von der condictio bei Kindel hat eine breitere Grundlage: sie hängt mit der von Kindel geschaffenen „Sachklage"

langen Ausführungen des Stephanus nicht. Denn damit, daß die condictio dem Eigentümer zusteht, wird das Absonderliche der condictio generalis nicht erschöpft. Bei der

zusammen, worüber in Rücksicht auf den Zusammenhang, welchen ihr Kindel mit der condictio gibt, folgendes bemerkt sei. Unter „Sachklage" versteht Kindel a. a. O. 254 „eine Klage auf Anerkennung des Rechtes und dessen wirkliche Durchführung". Kindel nimmt daher an, daß der Kläger mit der rei vindicatio, welche Sachklage sei, die Sache direkt erlangen könne. Natürlich kennt Kindel den Grundsatz von der condemnatio pecuniaria. Aber er räumt dieser condemnatio pecuniaria nur eine ergänzende Rolle ein (250). Der Beklagte könne direkt zur Herausgabe der Sache gezwungen werden (253). Es ist nun Kindel zuzugeben, daß es auffallend ist, wie die Römer ohne ein direktes Zwangsmittel auf Herausgabe der Sache durch den Beklagten ausgekommen sind. Denn nach der herrschenden Ansicht brauchte der Beklagte auf die rei vindicatio hin die eingeklagte Sache nicht herauszugeben; er konnte sich der Geldkondemnation unterwerfen. So auffallend nach unserer heutigen Vorstellung dies ist, so muß es doch tatsächlich als bei den Römern geltend anerkannt werden. Die rei vindicatio ist actio arbitraria, d. h. der Beklagte wird zu einer Geldsumme verurteilt, wenn er nicht freiwillig die Sache herausgibt (neque ea res arbitratu tuo A°. A°. restituetur). Der Auffassung von Kindel könnte nur dadurch entsprochen werden, daß man dem arbitratus des iudex Exekutivkraft beimißt. Nun ist die Entscheidung im Schätzungsverfahren (arbitrium), dessen Aufgabe die Schätzung in Geld nach erfolgter Urteilsfällung war, allerdings exequierbar (vgl. jetzt Wlassak, Gerichtsmagistrat, Z. d. S. St. XXV 182). Aber daß dies von dem Restitutionsbefehle des iudex in dessen arbitratus gelte, dafür haben wir keinen Anhalt. Im Gegenteil müssen wir sagen, daß der Schätzungseid (iusiurandum in litem), welcher bei der rei vindicatio zulässig war, beweist, daß es nur ein indirektes Mittel gab, den Beklagten zur Herausgabe der Sache anzuhalten. Es wird ausdrücklich hervorgehoben, daß mit der Zulassung des Schätzungseides die Halsstarrigkeit des Beklagten gestraft werden solle, sofern er die Sache nicht freiwillig herausgibt (vgl. unten S. 311[2]). Während nach Kindel die actio in rem die auf die Sache selbst gerichtete 'Sachklage' ist, ist ihm die actio in personam „die Haftklage auf das Interesse", welche „den Beklagten zu einem Tun oder Geben dadurch zwingt, daß sie ihn mit seiner Person oder seinem Vermögen verantwortlich macht, für den Fall, daß er nicht tut oder gibt" (255). Für die actio in personam läßt somit Kindel den indirekten Zwang gegen den Beklagten zu. Aber hier müssen wir unsererseits eine Restriktion gegen Kindel machen. Wird der Beklagte auf Zahlung von 100 beklagt, so geht das Urteil nur auf diese 100 nebst Zinsen,

condictio in Konkurrenz mit der actio ex emto trifft dies nicht einmal zu. Wir dürfen aus der ganzen Ausführung entnehmen, daß Stephanus und wohl die Scholiasten allgemein kein Verständnis mehr für die klassische condictio hatten. Man wußte wohl, daß es eine besondere Klage gab, welche condictio hieß. Aber man wußte nicht recht, wo man diese Klage

nicht aber auf das „Interesse" des Klägers. Es besteht also „direkter" Zwang. Aber Kindel kommt es vor allem darauf an, zu betonen, daß die actio in rem auf die Sache selbst geht und die Sache direkt erlangt, dagegen die actio in personam nur ein Geben oder Tun des Beklagten zum Ziele hat. Dagegen ist wohl nichts einzuwenden, sofern wir von der direkten Erzwingung des judiziellen Restitutionsbefehles absehn. Dagegen kann man dies nicht zur Erklärung der Natur der condictio verwerten, wie Kindel 256 fg. dies tut. Kindel 258 meint, daß auch die condictio als „Haftklage" auf Herausgabe der Sache gehe, aber nicht direkt, sondern indirekt: der Kondiktionskläger kann nicht die Sache selbst erlangen, sondern nur ein Tun bzw. Geben des Beklagten. Auch dies ist im wesentlichen richtig, besagt aber wohl nicht mehr, als daß die condictio eine persönliche Klage ist, was allgemein angenommen wird. Dagegen ist bemerkenswert die prinzipielle Scheidung bei Kindel 261 zwischen der Obligation als dem „Zwangsmittel" zur Realisierung des Rechtes an der Sache und diesem Rechte an der Sache selbst. So genießt „das Recht an der Sache" einen verschiedentlichen Rechtsschutz: einen obligatorischen als Zwangsmittel und einen dinglichen als direktes Exekutivmittel (262 fg.). Eine Erörterung dieses weittragenden und für das moderne Recht wohl berechtigten Grundsatzes gehört nicht in den Rahmen unserer Untersuchung. Nur vermögen wir der Übertragung dieser Auffassung auf die condictio nicht zu folgen, wie dies Kindel 266 fg. tut. Wie wir am Anfang dieser Anm. auseinandergesetzt haben, spricht dagegen, daß den Scholiasten die condictio eine allgemeine Konkurrenzklage ist. Auch für die condictio de bene depensis (oben S. 55[2]) paßt die Kindelsche Auffassung (288 fg.) nicht: der Charakter dieser condictio ergibt sich aus Sch. 7 zu Ulp. 18 D. 12, 1 (Bas. XXIII 1 c. 18 ed. Heimbach II 615). Wenn Kindel 296 behauptet, daß den Scholiasten der Kondiktionsbeklagte als gut- oder bösgläubiger Besitzer gilt, so wird dies von den Scholiasten in der Tat hervorgehoben, aber nicht deshalb, weil sie die condictio als die Klage des Eigentümers gegen den Besitzer ex iniusta causa betrachten, sondern zur Bemessung des Umfanges der Restitutionspflicht des Beklagten. Es spielt hier der für Justinian (aber nicht für das klassische Recht) geltende Satz bonae fidei possessor fructus consumtos suos facit eine Rolle. Vgl. insbesondere Sch. 1 zu Pomp. 7 D. 12, 6 (Bas. XXIV 6 c. 7 ed. Heimbach III 30).

in dem Klagensystem unterbringen sollte.[1]) Daher wird gelegentlich der allgemeine Satz ausgesprochen, daß da, wo eine andere Klage nicht zur Hand sei, die condictio eingreife.[2]) Allzusehr darf uns diese etwas verschwommene Vorstellung von der condictio wohl nicht wundern. Berichtet doch selbst aus klassischer Zeit Gaius[3]), daß schon zu seiner Zeit man ungenau condictio mit actio in personam identifiziere. So kann es uns nicht wundern, daß die condictio bei den Scholiasten zur allgemeinen Konkurrenzklage wurde. Von der alten Natur der condictio behielt man nur so viel, daß die condictio auf certum gerichtet sein mußte. Diese Voraussetzung konnte man aber aufrechterhalten nur unter Annahme eines klägerischen Selbstschätzungsrechtes.[4]) So war das klägerische Selbstschätzungsrecht nur eine Folge der Schaffung der verschwommenen allgemeinen Konkurrenzklage. Da spricht denn wohl alles dafür, daß es im klassischen Rechte anders gewesen ist, und daß wir für das klassische Recht weder die condictio generalis noch das klägerische Selbstschätzungsrecht annehmen dürfen. Mit Rücksicht auf die Bedeutung, welche die sog. condictio incerti in der Kondiktionenlehre spielt, sei darauf hingewiesen, daß von den Scholiasten auch für die sog. condictio incerti das Selbstschätzungsrecht anerkannt wird.[5])

Im Resultate glauben wir somit, daß die Auffassung von Baron für die Scholiasten zutreffend ist. Die Scholiasten sehn in der Tat in der condictio eine allgemeine Konkurrenzklage, bei welcher der Gegenstand der Klage

---

[1]) Am meisten Verständnis für die klassische condictio scheint Theophilus gehabt zu haben; er wehrt sich auch gegen die condictio als allgemeine Konkurrenzklage (Sch. 2 zu Ulp. 9 pr. D. 12, 1, oben S. 58. 59. Vgl. auch Theophil. Paraphr. Inst. IV 6 § 15. — [2]) Sch. 4 zu 4 C. 9, 32 (Bas. LX 29 c. 10 ed. Heimbach V 663) *Σημείωσαι — ὅτι ἐν ἀπορίᾳ ἀγωγῆς ἁρμόζει κονδικτίκιος* (nota quod deficiente actione condictio competit). — [3]) IV 5 (oben S. 288 fg.). — [4]) Vgl. die Ausführungen des Stephanus über dies klägerische Selbstschätzungsrecht in Sch. 2 zu Ulp. 9 pr. D. 12, 1 (Bas. XXIII 1 c. 9 ed. Heimbach II 595) oben S. 58. 59. — [5]) Sch. 1 zu Ulp. 9 pr. D. 12, 1 (Bas. XXIII 1 c. 9 ed. Heimbach II 595). Zustimmend Pernice, Sog. Realverbalkontrakt, Parerga IV, Z. d. S. St. XIII 257[2]. Vgl. oben S. 61[5, 6].

durch Selbstschätzung des Klägers bestimmt wurde, sei es, daß der Kläger auf Grund dieser Selbstschätzung eine bestimmte Geldsumme oder eine bestimmte Sache forderte. Jeden persönlichen zivilen Anspruch konnte der Kläger mit der condictio geltend machen, sofern er es unternahm, den Gegenstand seines Anspruches in bestimmter Weise anzugeben. Damit entzog der Kläger dem Richter die Möglichkeit, den Gegenstand des Anspruches festzustellen. Der Richter hat über den vom Kläger geforderten bestimmten Gegenstand mit einem schlichten Ja oder Nein zu entscheiden. Damit erlangte in der Tat die condictio den Charakter eines beschleunigten Verfahrens; denn es ist klar, daß über das Ja oder Nein der Richter sich schneller entscheiden konnte in diesen Fällen, wo der Gegenstand der Klage bestimmt war, als in den Fällen, wo er erst den Gegenstand des Anspruches festzustellen hatte. Aber mit dem Selbstschätzungsrechte mußte man in der Praxis sich wohl mit besondern Mitteln zu helfen gewußt haben; denn ein radikales Selbstschätzungsrecht war wohl in der Praxis undurchführbar.[1]) Nehmen wir also für die Scholiasten die Auffassung von Baron an, so vermögen wir derselben nicht für das klassische Recht zu folgen. Baron meint, daß die Scholiasten mit ihrem Selbstschätzungsrechte nicht ohne Vorlage gewesen sein können, und folgert daraus, daß schon im klassischen Rechte der Gegenstand der condictio durch Selbstschätzung des Klägers bestimmt wurde.[2]) Daraus folgert dann Baron

---

[1]) Vgl. Kipp, v. condictio in Pauly-Wissowa, Realencyclop. 851, 32 fg. — [2]) Condictionen 185[6]. Allerdings werden die Scholiasten einen Anhalt für ihr Selbstschätzungsrecht im klassischen Rechte gefunden haben. Daraus folgt aber nicht, daß die Auffassung der Scholiasten vollständig dem klassischen Rechte entsprach. Denn die Byzantiner haben sicherlich auch neues Recht geschaffen: es gibt somit 'byzantinische Erfindungen'. Vgl. zustimmend H. Erman, Études de droit classique et byzantin in Mélanges Ch. Appleton, Annales de l'Université de Lyon 1903 S. 213 fg., 256 fg. Den 'Anhalt' aber, welchen in dem klägerischen Selbstschätzungsrechte die Byzantiner schon im klassischen Rechte vorfanden, erblicken wir in dem arbitrium in iure, dessen Aufgabe es war, den Gegenstand der condictio zu bestimmen.

weiter die Existenz der allgemeinen Konkurrenzklage schon für das klassische Recht, oder vielmehr sieht er in der Existenz der allgemeinen Konkurrenzklage eine feste Stütze für die Annahme, daß bei der condictio der Gegenstand der Klage durch klägerisches Selbstschätzungsrecht bestimmt wurde. Wir haben schon hervorgehoben[1]), daß mit dem Nachweis der Interpolation der allgemeinen Konkurrenzklage die Hauptstütze für die Annahme des klägerischen Selbstschätzungsrechtes im klassischen Rechte fällt. Damit erledigen sich die Berufungen Barons auf Cicero pro Q. Roscio und diejenigen Quellentscheidungen, in denen angeblich von einer allgemeinen Konkurrenz der condictio die Rede ist. Wir haben schon angegeben[2]), daß in diesen Fällen zum Teil von einer Konkurrenz überhaupt nicht die Rede ist; vielmehr liegt neben einem kontraktlichen Tatbestand noch ein kondiktionsmäßiger Tatbestand vor: da ist es denn natürlich, daß der Kläger entweder auf den einen oder den anderen Tatbestand sich berufen kann, und entweder die Kontraktsklage oder die condictio erheben. In beiden Fällen verfolgt aber der Kläger entsprechend dem verschiedenen Tatbestande auch ein verschiedenes Ziel mit seiner Klage. In den anderen Fällen liegt eine Konkurrenz vor; jedoch nur auf Grund einer Interpolation seitens der Kompilatoren.

Gegen die Annahme eines klägerischen Selbstschätzungsrechtes schon im klassischen Rechte sei noch auf folgendes verwiesen. Das Selbstschätzungsrecht des Klägers kommt allerdings im klassischen Rechte vor. Allgemein ist das Selbstschätzungsrecht anerkannt in allen Fällen, in denen der Schätzungseid (iusiurandum in litem) zugelassen wird. Dies ist aber der Fall bei der rei vindicatio[3]), den exhibitorischen[4]) und restitutorischen[5]) Klagen, in den b. f. iudicia[6]), beim interdictum de vi[7]), der actio doli[8]), der actio rerum amotarum[9]) und einigen

[1]) oben S. 292². — [2]) oben S. 2fg. — [3]) Marcian 16 § 3 D. 20, 1, Paul. 46 D. 6, 1. — [4]) Paul. 2 D. 12, 3, Marcian 5 pr. D. 12, 3. — [5]) Paul. 2 D. 12, 3. — [6]) Ulp. 3 § 2 D. 13, 6. — [7]) Ulp. 15 § 9 D. 43, 24. — [8]) Paul. 18 pr. D. 4, 3. — [9]) Pomp. 8 § 1 D. 25, 2. Vgl. Lenel, Édit II 27².

verwandten Fällen.[1]) Aber hier findet die Schätzung durch den Kläger in iudicio statt.[2]) Zudem hat das Selbstschätzungsrecht des Klägers in diesen Fällen einen pönalen Charakter insofern, als der Beklagte auf die Schätzungssumme verurteilt wird, wenn er nicht freiwillig den Anspruch des Klägers befriedigt.[3]) Für das angebliche Selbstschätzungsrecht des Klägers bei der condictio spricht jedenfalls nicht, daß der Schätzungseid des Klägers nicht zulässig ist, wo vom Kläger ein certum als Anspruch erhoben wird.[4])

Ulp. 3 D. 12, 3 Nummis depositis iudicem non oportet in litem iusiurandum deferre, ut iuret quisque, quod sua interfuit, cum certa sit nummorum aestimatio rel.

Vergleichen wir das angegebene Selbstschätzungsrecht des Klägers auf Grund des Schätzungseides mit dem Selbstschätzungsrecht, welches Baron dem Kondiktionskläger einräumt, so ergibt sich, daß in beiden Fällen von etwas Verschiedenem die Rede ist. In dem ersten Falle handelt es sich darum, daß der Kläger seinen dem Gegenstande nach durchaus bestimmten und bekannten Anspruch eidlich in Geld schätzen kann, sofern der Beklagte den Anspruch nicht freiwillig erfüllen will; in dem zweiten Falle soll der Gegenstand des klägerischen Anspruchs überhaupt erst festgestellt werden, da ihn häufig der Kläger selbst nicht genau anzugeben vermag: hier soll nun dem Kläger ein Selbstschätzungsrecht zustehn. Nehmen wir die Sache vom Standpunkte des praktischen Juristen, so kommt es darauf hinaus, daß man bei der condictio dem

[1]) Hefke, Taxatio (1879) 103 fg. — [2]) Ulp. 4 §§ 1. 2 D. 12, 3, Paul. 18 pr. § 1 D. 4, 3, Demelius, Schiedseid und Beweiseid 85 fg. 117 fg. — [3]) Pomp. 8 § 1 D. 25, 2, Paul. 2 D. 12, 3. Marcell. 8 D. 12, 8 cum et contumacia punienda sit — potestate petitori in litem iurandi concessa. Daher wird die subjektive Schätzung auf Grund des Eides der objektiven Schätzung durch den iudex auf Grund des quanti res est der Formel gegenübergestellt. Zustimmend Hefke a. a. O. 101[209]. — [4]) Dies hebt auch Pernice, Labeo II[2], 2 S. 104[1] hervor. Marcian u. Paul. 5 § 4, fr. 6 D. 12, 3 sprechen wohl nicht dagegen, da hier zwar im strictum iudicium der Schätzungseid zugelassen wird, aber doch betont wird, daß bei der Klage aus der Stipulation das iusiurandum in litem nicht anwendbar ist.

Kläger zumutet, den Gegenstand seines Anspruchs aufs Geratewohl hin zu taxieren und darauf die condictio zu richten. Da erhielt freilich der Kläger in allen Fällen weniger, als ihm zustand; denn wegen der Folgen der plus petitio mußte er es natürlich vorziehn, den Gegenstand seines Anspruchs geringer anzugeben, um nicht den ganzen Anspruch zu verlieren.[1] Das Selbstschätzungsrecht des Klägers auf Grund des Schätzungseides schaut auch ganz anders aus, als das Selbstschätzungsrecht des Kondiktionsklägers nach Baronscher Auffassung. Bei dem Selbstschätzungsrecht auf Grund des Schätzungseides handelt es sich um ein Verfahren[2]: der iudex legt dem Kläger den Eid auf.[3] Das Selbstschätzungsrecht des Kondiktionsklägers nach Baronscher Auffassung ist dagegen offenbar eine einseitige Handlung des Klägers. Wenigstens erwähnt Baron von einem Verfahren nichts.

II. Muß nun einerseits der Gegenstand der condictio schon in iure in ganz bestimmter Weise angegeben sein[4], verwerfen wir aber andererseits das klägerische Selbstschätzungsrecht[5], so fragt es sich, in welcher Weise es erreicht wird, daß in iure der Gegenstand der condictio in ganz bestimmter Weise als bekannt vorliegt. Denn es ist klar, daß der Kläger vielfach nicht imstande sein wird, den Gegenstand seiner condictio in ganz bestimmter Weise anzugeben.[6] Wir sind durch unsere Untersuchungen über die Natur der condictio als strictum iudicium[7] sowie über die indirekte Ausdrucksweise, welche nicht nur in den Fällen der sog. condictio incerti, sondern auch in den Fällen der condictio certi vorkommt[8], zur Annahme veranlaßt worden, daß der Gegenstand der condictio pro-

---

[1]) Vgl. darüber die mehrfach schon hervorgehobenen trefflichen Ausführungen von Kipp, v. condictio in Pauly-Wissowa, Realencyclop. 851, 32 fg. Daß die römischen Juristen einem solchen Selbstschätzungsrechte nicht geneigt waren, beweist das Institut der interrogatio in iure. Vgl. Callistratus 1 pr. D. 11, 1 und Girard, Droit romain [4] 998[3]. — [2]) Ulp. 4 § 2 D. 12, 3, Paul. 18 pr. D. 4, 3. Vgl. Demelius, Schiedseid 113 fg. — [3]) Ulp. 4 § 1 D. 12, 3. Vgl. Demelius a. a. O. 117 fg. — [4]) Vgl. oben S. 291[1. 2]. — [5]) Vgl. oben S. 291 fg. — [6]) Vgl. oben S. 8 fg. — [7]) Oben S. 8 fg. 65 fg. — [8]) Vgl. oben S. 199. 200.

zessualisch in einem Verfahren (arbitrium) in iure festgestellt wurde.[1]) Dazu haben uns indirekt unsere Erörterungen geführt. Wir werden es jetzt versuchen müssen, auch direkte Beweise für unsere Auffassung beizubringen. Jedoch ist es klar, daß die direkten Beweise nicht gerade auf der Hand liegen: andernfalls wäre seit lange die Frage erledigt.

Wir behaupten also, daß der Gegenstand der condictio in einem Verfahren (arbitrium) in iure festgestellt wurde, worauf dann auf den in dieser Weise festgestellten Gegenstand die condictio zur Litiskontestation gelangte. Da kommt es darauf an, zu bestimmen, welche Rolle wir diesem arbitrium in iure beilegen. Der Kläger, welcher die Klage erhebt, ladet den Beklagten ein, auf Grund der Formel den Streit zum Austrag zu bringen.[2]) Über die Formel und deren Fassung findet in iure ein Streiten zwischen den Parteien statt. Der Kläger befindet sich in iure in einem Stadium des fortwährenden edere actionem.[3]) Der Beklagte hat ein großes Interesse an der Fassung der Formel, es sei nur an die Aufnahme oder Nichtaufnahme einer exceptio in die Formel erinnert.[4]) Es ist nun klar, daß das arbitrium zur Bestimmung des Gegenstandes der condictio nur dann seine Rolle erfüllen kann, wenn die Parteien zu diesem arbitrium gezwungen werden können. Das arbitrium muß ein integraler Bestandteil des Verfahrens in iure bei der condictio sein. Daß die condictio nicht sowohl eine besondere actio ist, als ein besonderes Prozeßverfahren haben wir schon hervorgehoben, und wird auch allseits anerkannt.[5]) Damit erklärt sich der singuläre Name condictio, während wir sonst actiones vor uns haben. So würde das Charakteristische des Kondiktionsverfahrens gerade darin bestehn, daß der Gegenstand der Klage in einem arbitrium in iure festgestellt wurde. Vielleicht hängt damit die denuntiatio

---

[1]) Vgl. oben S. 200 fg. — [2]) Vgl. Lenel, Die Form der Litiskontestation im Formularprozeß, Z. d. S.St. XV 376. — [3]) Vgl. Wlassak, Litiskontestation 40, Lenel a. a. O. 388/89 und Wenger, Actio iudicati (1901) 137 fg. — [4]) Vgl. Ulp. 1 § 6 D. 43, 13. Vgl. Wenger a. a. O. 92[1]. 138[5]. — [5]) Vgl. oben S. 40[3].

der legis actio per condictionem zusammen, von welcher Gaius[1]) berichtet, und welche die herrschende Ansicht[2]) mit Recht in das Verfahren in iure verlegt. Aber hatte der Prätor ein Mittel, um in iure die Parteien zu einem solchen arbitrium zu zwingen? Der Beklagte, welcher dem arbitrium sich nicht unterwerfen wollte, konnte als indefensus betrachtet werden; denn er entzog sich dem Prozeß, welchen der Kläger angestellt hat.[3]) In der Regel wird auch der Beklagte ein Interesse daran haben, daß ein arbitrium über dessen „Bereicherung" entscheide, da er Aussicht hatte, nachweisen zu können, daß seine „Bereicherung" nicht so groß ist, als der Kläger meinte. Wie aber, wenn der Kläger sich weigerte, dem arbitrium stattzugeben? Hatte hier der Prätor ein Mittel, den Kläger zum arbitrium zu zwingen? Wir betreten damit ein Feld, auf welchem Wlassak mit seinen bahnbrechenden Forschungen eingegriffen hat. Die früher herrschende und heute noch vielfach gangbare Ansicht nimmt an, daß der Prätor verpflichtet war, dem Kläger auf dessen Verlangen jede zivile Klagformel des Ediktes herauszugeben und zur Litiskontestation zu führen.[4]) Bezüglich der actiones civiles sei daher der Prätor fast nur ein „Formelautomat". Heiße es doch von der zivilen Klage actio competit, während nur bezüglich der prätorischen Klage dem Prätor das dare actionem zustehe.[5]) Nun war die condictio sicherlich eine zivile

[1]) IV 18. — [2]) Vgl. Wlassak, Römische Prozeßgesetze II 335[21], Kipp, v. condictio in Pauly-Wissowa, Realencyclop. 848, 6 fg. — [3]) Vgl. Wenger a. a. O. 144[8]. 147[11] a. E. — [4]) Vgl. statt aller Wlassak, v. cognitio in Pauly-Wissowa, Realencyclop. 207, 32 fg. und Gerichtsmagistrat im gesetzlichen Spruchverfahren, Z. d. S.St. XXV 81[2]. — [5]) G. IV 112 actiones quae in aliquem aut ipso iure conpetunt aut a praetore dantur. Vgl. Wlassak, Edikt und Klageform 64[13] und Römische Prozeßgesetze I 45 fg., Erman, Recht und Prätor, Z. d. S. St. XXIV 430 fg. und Z. d. S.St. XXV 819[1]. Die Untersuchungen von Ehrlich, Theorie der Rechtsquellen I (1902) über ius civile und ius praetorium verfolgen andere Ziele und wollen wohl den sachlichen Gegensatz zwischen actiones civiles und actiones praetoriae nicht leugnen. Vgl. Ehrlich in Grünhuts Zeitschrift XXXI 331 fg., XXXII 599 fg., auch Erman a. a. O. XXV 318. 319[4]. — Auch von der condictio heißt es überwiegend 'competit': Pomp. bei Ulp. 3 § 10 D. 35, 3, G. II 79, Pap. 5 D. 12, 7, Paul. 15 § 1 D. 12, 6,

Klage: die legis actio per condictionem ist durch zwei Gesetze (die leges Silia und Calpurnia) eingeführt worden.[1]) Damit steht natürlich nicht im Widerspruch, daß die condictio aus dem ius gentium stammt[2]); denn vielfach ist durch Gewohnheitsrecht ein Institut des ius gentium in das ius civile übergegangen.[3]) Nun hat aber Wlassak nachgewiesen, daß der Prätor keineswegs bloß ein „Formelautomat“ war, und daß er die Gewalt hatte, auch bei Erhebung ziviler Klagen die denegatio actionis nicht bloß aus prozessualen sondern auch aus materiellen Gründen auszusprechen.[4]) Und Schott[5]) hat es neuestens versucht, über

Paul. 8 pr. D. 19, 1, Ulp. 8 pr. D. 13, 1, Ulp. 14 § 16 D. 47, 2. Vgl. auch Trampedach a. a. O. Z. d. S. St. XVII 137[1]. Die Ausdrucksweise condictio dari debet haben nur Iul. bei Ulp. 13 § 2 D. 12, 2 und Marcell. bei Ulp. 14 D. 12, 1. Dagegen gebraucht Julian sonst gern die Ausdrucksweise condictione consequi ut .... Vgl. Trampedach a. a. O. 147 und oben S. 45[4]—46[1]. An Interpolationen dürfen wir wohl in diesen Fällen nicht denken. Vgl. P. Krüger, Über dare actionem und actionem competere, Z. d. S. St. XVI 1 fg.

[1]) G. IV 19. — [2]) Tryf. 64 D. 12, 6, Paul. 15 pr. D. 12, 6, Marcian 25 D. 25, 2, auch G. III 132. Vgl. oben S. 51. 54[1], auch P. Krüger, Geschichte der Quellen 43[1] und Pernice, Zum römischen Gewohnheitsrechte, Parerga X 15. 16 (Z. d. S. St. XX 139. 140). A. M. Pflüger, Ciceros Rede pro Q. Roscio 67[108]. — [3]) Vgl. Pernice a. a. O., Ehrlich, Theorie der Rechtsquellen I (1902) 86, Bruns-Pernice-Lenel, Geschichte und Quellen des röm. R. in v. Holtzendorff-Kohler, Encyclopädie I[6] 103 oben. Eine Analogie bietet das Schriftformelverfahren, dessen Existenz im Peregrinenrechte vor der Aufnahme in das römische Zivilrecht durch die lex Aebutia Wlassak (Römische Prozeßgesetze I 165, II 301 fg.) nachgewiesen hat. Vgl. auch jetzt die vortrefflichen Ausführungen bei Partsch, Die Schriftformel im römischen Provinzialprozesse (1905) 1 fg. — [4]) Römische Prozeßgesetze I 124[32], 233, 234[47], II 336[21], 365, 2. Vgl. auch Wenger a. a. O. 138[6]. 139[9]. 141[1]. Zustimmend Leist, v. denegare in Pauly-Wissowa, Realencyclop. V 219 fg. und v. dare actionem, ebenda, IV 2181, 3 fg. Girard, Droit romain [4] 39[1] anerkennt das Denegationsrecht im Formularprozeß, nicht dagegen im Legisaktionenprozeß. Vgl. Naber, Observ. de iure romano, Mnemosyne XXII (1894) 254[1, 2], aber auch Mnemosyne XXVIII (1900) 65[3]. — [5]) Das Gewähren des Rechtsschutzes im römischen Zivilprozeß (1903) 10 fg. Vgl. Schott, Römischer Zivilprozeß und moderne Prozeßwissenschaft (1904) 17 fg., aber auch Bekker, Streitfragen aus dem Aktionenprozeßrecht, Z. d. S. St. XXIV 347 fg.

das Denegationsrecht des Prätors bestimmte Rechtssätze aufzustellen.

Der Prätor konnte somit den Kläger unter Androhung der denegatio actionis zwingen, sich dem arbitrium zwecks Feststellung des Gegenstandes der condictio zu unterwerfen.

Standen also dem Prätor Mittel zur Verfügung, um eine halsstarrige Partei zum arbitrium zwecks Feststellung des Gegenstandes der condictio zu zwingen, so fragt es sich noch, ob der Litiskontestation der condictio stets ein arbitrium zwecks Feststellung des Gegenstandes der condictio voraufgehn mußte. Mußte insbesondere auch dann ein arbitrium stattfinden, wenn beide Parteien dem arbitrium widerstrebten? Diese Frage ist zu verneinen. Und wenn wir auch keinen direkten Beleg für unsere Entscheidung haben, so folgt sie doch aus den allgemeinen Grundsätzen des römischen Prozeßrechtes. Waren beide Parteien über den Gegenstand der condictio einig, und handelte es sich nur um die Entscheidung darüber, ob der Beklagte zur Herausgabe dieses Gegenstandes verpflichtet war oder nicht, so hatte der Prätor kein Mittel, die Parteien von dem Prozeß abzuhalten.[1]) Forderte der Kläger in solchem Falle zu viel, so hatte er die Folgen der plus petitio[2]) sich selbst zuzuschreiben. Und wir dürfen wohl annehmen, daß die condictio häufig genug angestellt und durchgeführt wurde, ohne daß ein arbitrium in iure zwecks Feststellung des Gegenstandes der condictio stattfand. Es fand dies in allen jenen Fällen statt, in denen die Parteien über den Gegenstand der condictio nicht im Zweifel waren, und in denen auch über die Regelung der Haftfrage[3]) besondere Schwierigkeiten nicht bestanden.

Wir haben bis jetzt festgestellt, daß der Prätor Mittel zur Verfügung hatte, um ein arbitrium in iure zwecks Feststellung des Gegenstandes der condictio zustande zu bringen.[4]) Es wird somit über den Gegenstand der Klage und über die Berechtigung der Klage in zwei verschiedenen

---

[1]) Zustimmend v. Mayr, Condictio incerti, Z. d. S.St. XXIV 276[5]. — [2]) Vgl. oben S. 159[6]. — [3]) Vgl. unten § 23, auch oben S. 11/12. — [4]) Vgl. oben S. 315 f.

Verfahren entschieden. Da muß sich die Frage aufdrängen, ob die Trennung der Frage nach dem Gegenstande der Klage von der Frage nach der Berechtigung der Klage überhaupt möglich ist, und ob dies im römischen Prozesse vorkommt. Kann der Gegenstand der Klage für sich bestimmt werden und getrennt von der Entscheidung über die Rechtmäßigkeit des Anspruches? Daß dies im römischen Prozesse möglich ist, dafür haben wir einen Beweis in dem Repetundenverfahren. Das Repetundenverfahren ist nun zwar krimineller Natur und mit dem privaten Prozeßverfahren nicht identisch. Dennoch steht es fest, daß das Repetundenverfahren als Quästionenverfahren einige Elemente des privaten Geschworenenverfahrens in sich aufgenommen hat.[1]) So ist ein Rückschluß von dem einen Verfahren auf das andere berechtigt.[2]) Im Repetundenprozeß handelt es sich bekanntlich um Rückforderung des von einem römischen Beamten Erpreßten. Der Ausdruck repetere wird hier wie bei der privatrechtlichen condictio technisch gebraucht.[3]) Wo es sich um die Eingriffe der Rechtsordnung gegen Erpressungen seitens der Beamten handelt, da müssen wir streng scheiden zwischen dem privaten Anspruch des Geschädigten und dem öffentlich-rechtlichen Eingriff des Staates. Seinen privaten Anspruch macht der Geschädigte gegen den Beamten auf dem Wege des gewöhnlichen Privatprozesses geltend. Jedoch wurde auch in dem kriminellen Repetundenverfahren die Frage über die privaten Ansprüche der Geschädigten erledigt. Und dies letztere interessiert uns hier. Ob die lex Calpurnia vom J. 149 und die lex Iunia das Repetundenverfahren betrafen, ist bestritten.[4]) Auf jeden Fall

---

[1]) Vgl. Mommsen, Röm. Strafrecht 186fg. — [2]) Zustimmend Mommsen a. a. O. 724, 4. — [3]) Mommsen a. a. O. 714[2] und oben Bd. I 129[1], auch jetzt zustimmend v. Mayr, Condictio incerti, Z. d. S. St. XXIV 259[6]. — [4]) Dafür haben sich ausgesprochen Pernice, Labeo III 233 und Mommsen, Röm. Strafrecht 708, während Girard, La date de la loi Aebutia, Z. d. S. St. XIV 42—47 (= Nouv. Revue hist. de droit XXI (1897) 282fg.) und Droit romain [4] 611 [2] annimmt, daß beide Gesetze sich ausschließlich mit den privaten Ansprüchen des Erpreßten beschäftigen, und daß die lex Calpurnia vom J. 149 keineswegs identisch ist mit der lex Calpurnia, welche nach G. IV 19 die legis

wissen wir von dem Prozeßverfahren nach der lex Calpurnia und der lex Iunia nichts. Dagegen betrifft zweifellos das kriminelle Repetundenverfahren die lex [Acilia] repetundarum vom J. 123/122 v. Chr.[1]) In diesem Verfahren wird die Frage über die privaten Ansprüche der Erpreßten gleichfalls entschieden. Da ist nun für das Repetundenverfahren charakteristisch, daß die Schuldfrage in einem besonderen Verfahren, und die Frage nach dem Gegenstande der Erpressung in einem weiteren besonderen Verfahren behandelt wird. Es wird zuerst entschieden, ob der Beamte sich überhaupt der Erpressung schuldig gemacht hat. Die Geschworenen stimmen über diese Frage ab mit condemno oder absolvo.[2]) Der vorsitzende Prätor verkündet sodann das Urteil mit den Worten fecisse videri oder non fecisse videri.[3]) Nach der Entscheidung der Schuldfrage findet dann ein Schätzungsverfahren (litis aestimatio) statt, in welchem der Gegenstand des Anspruches des durch die Erpressung Geschädigten festgestellt wurde.[4]) Der Verurteilte (condemnatus)[5]) zahlte die abgeschätzte Geldsumme an das Staatsärar, von welchem den einzelnen Geschädigten deren Ansprüche (quanta ea pecunia erit) ausgezahlt wurden.[6]) Die litis aestimatio erfolgt durch dieselben Richter, welche über die Schuldfrage entschieden haben.[7]) In den konsularisch-senatorischen Prozessen der Kaiserzeit findet die litis aestimatio vor einem besonderen Rekuperatorengericht statt.[8]) Die Scheidung zwischen dem Verfahren über die Schuldfrage und

---

actio per condictionem de omni certa re eingeführt hat. Vgl. oben S. 40[5].

[1]) Der Text bei Mommsen, Juristische Schriften I (1905) 26fg. und Girard, Textes de droit romain [3] (1903) 32fg. — [2]) Lex Repet. Z. 54. — [3]) Lex Repet. Z. 42. 55. — [4]) Lex Repet. Z. 56, auch Cicero in Verrem I c. 13 § 38. Vgl. Mommsen, Röm. Strafrecht 725[1, 3]. Wlassak, Gerichtsmagistrat im gesetzlichen Spruchverfahren 100 (Z. d. S.St. XXV 180) hebt mit Recht hervor, daß die litis aestimatio gleichfalls iudicium hieß und dem Hauptverfahren gleichwertig an die Seite gestellt wurde. — [5]) Lex Repet. Z. 58. — [6]) Lex Repet. Z. 60. 61. Vgl. Bekker, Aktionen I 302, Mommsen a. a. O. 722[3]. 723[2]. 726[4]. — [7]) Lex Repet. Z. 58. — [8]) Mommsen a. a. O. 726[2, 3].

dem Verfahren über die Feststellung des Gegenstandes der Ansprüche[1]) der Erpreßten kommt in der Lex Repetundarum auch äußerlich dadurch zum Ausdrucke, daß im Gesetze sowohl das iudicium als die litis aestimatio besonders versprochen werden.[2])

Es ist nun sicherlich richtig, daß die Feststellung des Gegenstandes des Anspruches in einem besonderen Verfahren in dem kriminellen Repetundenprozeß noch nicht ein Beweis dafür ist, daß auch in dem privaten Kondiktionenprozeß der Gegenstand des Anspruches in einem besonderen Verfahren festgestellt wurde. Jedoch scheinen uns für die Berechtigung eines solchen Rückschlusses folgende Erwägungen zu sprechen. Das Repetundenverfahren wurde nicht sowohl zum Schutze der römischen Bürger eingeführt, denen der gewöhnliche Privatprozeß zur Verfügung stand, als vielmehr zum Schutze der Peregrinen.[3]) Da ist es wohl wahrscheinlich, daß das Repetundenverfahren dem Peregrinenrechte sich akkommodiert hat. Nun wird das Kondiktionenverfahren gleichfalls auf das Peregrinenrecht zurückgeführt.[4]) Da ist es wahrscheinlich, daß Elemente des kriminellen Repetundenverfahrens in das spätere private Kondiktionenverfahren übernommen wurden. Erwähnt doch Gaius[5]) entsprechend dem, was Cicero[6]) berichtet, daß

---

[1]) Die Ansprüche sämtlicher Ankläger gegen denselben Beamten pflegten in einem Prozesse erledigt zu werden. Vgl. Mommsen a. a. O. 723[1]. 725. — [2]) z. B. Z. 2fg.: ab eo quei dictator consul praetor — fuerit — in annos singulos pequniae quot siet amplius Hs. .... nummum ..... pro inperio prove potestate — ablatum captum coactum conciliatum aversumque siet: de ea re eius petitio nominisque delatio esto, praetoris quaestio esto, ioudicium ioudicatio leitisque aestumatio, queiquomque ioudicium ex hac lege erunt, eorum hace lege esto. Das ioudicium ioudicatio leitisque aestumatio kehrt regelmäßig wieder, so Z. 4. 5. 6, oder auch bloß ioudicatio slitisque aestumatio, so Z. 26 bzw. bloß iudicium litisque aestumatio, so Z. 41. Mit Z. 58 beginnt in der Lex Repet. ein besonderer Abschnitt De leitibus aestumandeis, nachdem vorher von der Aburteilung über die Schuldfrage die Rede war. — [3]) Cicero, Divin. in Q. Caecil. c. 5 §§ 17. 18 tota lex de pecuniis repetundis sociorum causa constituta sit. Nam civibus cum sunt ereptae pecuniae, civili fere actione et privato iure repetuntur. — [4]) Vgl. oben S. 315[2, 3]. — [5]) IV 20. — [6]) Divin. in Q. Caecil. c. 5 §§ 17. 18 (oben Anm. 3).

auf dare oportere den Bürgern die zivile legis actio sacramento oder per iudicis postulationem zu Gebote stand. So wäre das Kondiktionenverfahren unter dem Einflusse des Repetundenverfahrens entstanden. Daß das Kondiktionenverfahren dem Privatrechte angehört, das Repetundenverfahren dagegen dem öffentlichen Strafrechte, darf nicht allzu schwer ins Gewicht fallen.[1]) War doch der Ausgangspunkt auch des Privatrechtes die Bekämpfung des Deliktes im weitesten Sinne.[2])

Von den direkten Beweisen für die Feststellung des Gegenstandes der condictio durch ein arbitrium in iure seien zunächst einige Entscheidungen angeführt, welche zwar nicht ausdrücklich unsere Behauptung aussprechen, welche aber mit unserer Ansicht sich sehr wohl vereinigen lassen, ja zum Teil nur mit unserer Ansicht vereinbar sind. Wir meinen zunächst

Ulp. 8 pr. D. 13, 1 In re furtiva condictio ipsorum corporum competit: sed utrum tamdiu, quamdiu exstent, an vero et si desierint esse in rebus humanis? et si quidem optulit fur, sine dubio nulla erit condictio: si non optulit, durat condictio aestimationis eius: corpus enim ipsum praestari non potest.

Wir kommen auf diese interessante Stelle noch bei anderer Gelegenheit[3]) zu sprechen. Hier handelt es sich uns nur um die Worte condictio aestimationis. Unserer Auffassung entsprechend fassen wir diese Worte in dem Sinne auf, daß die condictio auf die abgeschätzte Geldsumme zur Litiskontestation gestellt werden mußte. Es mußte also die Schätzung vor der Litiskontestation, in dem Verfahren in iure, stattfinden. Man darf nicht etwa annehmen, daß nach dieser Entscheidung die 'empfangene' Sache Gegenstand der condictio sei, deren Geldwert in iure festgestellt wurde.[4]) Denn es ist bekannt, daß bei der condictio ex

---

[1]) Vgl. auch Mommsen a. a. O. 724 „der Repetundenprozeß hat den Charakter des Privatprozesses insofern bewahrt, als hier die Parteien, der Geschädigte und der Schädiger miteinander streiten". — [2]) Vgl. Pernice, Labeo II[2], 1 S. 8fg. — [3]) unten § 23. — [4]) Vgl. oben S. 209[1].

causa furtiva nicht die gestohlene Sache Gegenstand der condictio ist, sondern der höchste Wert derselben, also ein Mehr als die 'empfangene' Sache ausmacht.[1]) Die Schätzung bei der condictio ex causa furtiva hatte also die Aufgabe, den Gegenstand der condictio überhaupt erst zu bestimmen. Wenn aber Ulpian in unserer Entscheidung (8 pr. D. 13, 1) sagt, daß die condictio auf die gestohlene Sache selbst gerichtet werde, so spricht dies nicht gegen unsere Auffassung, da vielfach die gestohlene Sache keinen höheren Wert hat, als sie selbst in sich trägt. Und wenn man weiter einwenden wollte, daß wegen des Grundsatzes von der Geldkondemnation der Dieb es in der Hand habe, den Kläger um den „höchsten Wert“ [2]) zu bringen, da nach unserer Auffassung [3]) die condemnatio der condictio nur auf den 'Sachwert' des in der intentio der Formel angegebenen Gegenstandes gehn könne, so ist darauf zu erwidern, daß wenn der Bestohlene die condictio direkt auf die entwendete Sache richtet, er in der Tat nur den 'Sachwert' erhält. Der Bestohlene hat sich daher zu vergewissern, ob der Dieb die entwendete Sache noch hat. Andernfalls hat der Bestohlene schon im arbitrium in iure die Geldschätzung zu veranlassen, wobei der „höchste Wert“ in Betracht kommen kann. Daß in der Tat der Bestohlene in dieser Weise sich sichern mußte, darauf weisen gerade die Ausführungen in unserer Ulpianischen Entscheidung (8 pr. D. 13, 1) hin. Ulpian sagt, daß wenn der Dieb die Sache anbietet, keine condictio eingreife. Es handelt sich also um das Zurückerhalten der Sache selbst.[4]) Biete dagegen der Dieb die Sache nicht an, dann müsse sofort Geldschätzung stattfinden, und auf die Schätzungssumme die condictio gerichtet werden. Diese Geldschätzung in iure wäre unverständlich, wenn der Kläger dasselbe Ziel auf Grund des quanti ea res est der Formel im Verfahren in iudicio erreichen könnte. Baron [5]) bezieht unsere Ulpianische Entscheidung (8 pr. D. 13, 1) auf das klägerische Selbstschätzungsrecht[6]) und sieht in

[1]) Vgl. oben S. 10[4]. — [2]) Ulp. 8 § 1 D. 13, 1 (oben S. 10[3]). — [3]) oben S. 211 fg. — [4]) Die condictio ex causa furtiva wurde als condictio rei, nicht als condictio possessionis behandelt. Vgl. oben S. 182[3]. — [5]) Condictionen 91. — [6]) Vgl. oben S. 27 fg. 31. 37.

ihr einen Beweis für die Existenz des klägerischen Selbstschätzungsrechtes schon im klassischen Rechte. Wir haben uns darüber schon ausgesprochen.[1] Pflüger[2]) meint, daß die condictio aestimationis in der Ulpianischen Entscheidung (8 pr. D. 13, 1) zu sehr an das klägerische Selbstschätzungsrecht der Scholiasten sowie an die allgemeine Konkurrenzklage erinnere und daher interpoliert sei. Daß die condictio aestimationis in unserer Entscheidung (8 pr. D. 13, 1) mit dem Selbstschätzungsrechte der Scholiasten[3]) sich erklären lasse, und daß dies für die Interpolation der Stelle sprechen würde, läßt sich nicht bestreiten. Aber notwendig ist eine solche Erklärung nicht. Die condictio aestimationis unserer Entscheidung (8 pr. D. 13, 1) läßt sich mit derselben Beweiskraft auch für ein Schätzungsverfahren in iure ins Feld führen.[4])

Eine weitere Entscheidung, welche unserer Meinung nach nur mit der Feststellung des Gegenstandes der condictio durch ein arbitrium in iure gut vereint werden kann, ist

> Tryph. 29 D. 25, 2 Rerum amotarum aestimatio ad tempus quo amotae sunt referri debet: nam veritate furtum fit, et si lenius coercetur mulier. quare nec a bonae fidei possessore ita res amotae usucapiuntur: sed si pluris factae non restituuntur quae amotae sunt, crescit aestimatio, ut in condictione furtivae rei.

Auf den materiellen Inhalt der Entscheidung kommen wir bei anderer Gelegenheit[5]) zurück; hier handelt es sich uns um die Bedeutung der Worte crescit aestimatio. Halten wir daran fest, daß der Gegenstand der condictio schon in iure in ganz bestimmter Weise vorliegen muß, und daß eine Mehrung oder Minderung im Verfahren in iudicio nicht statthaft ist[6]), verwerfen wir auch andererseits das klägerische Selbstschätzungsrecht[7]), so kann das crescit aestimatio nur in einem Schätzungsverfahren in iure stattfinden.

---

[1]) oben S. 292[6]. — [2]) Ciceros Rede pro Q. Roscio 17 fg. — [3]) Vgl. oben S. 61[5, 6]. 291 fg. — [4]) Vgl. auch oben S. 293[1]. — [5]) unten § 23. — [6]) Vgl. oben S. 8 fg. 10[4]. 211 fg. — [7]) Vgl. oben S. 30 fg.

Den stärksten direkten Beweis für unsere Auffassung, wonach der Gegenstand der condictio in einem arbitrium in iure festgestellt wird, erblicken wir in den Ausführungen bei Cicero pro Q. Roscio comoedo. Es ist nicht hier der Ort, eine vollständige Exegese dieser reichlich erörterten[1]) Rede zu geben. Nur zur leichteren Orientierung soll kurz der Tatbestand des Prozesses angegeben werden.

Ein gewisser Fannius geht bezüglich eines Sklaven Panurgus mit dem Komiker Q. Roscius einen Sozietätsvertrag ein, auf Grund dessen Panurgus nach seiner Ausbildung durch Roscius Gegenstand der gesellschaftlichen Ausnutzung sein sollte.[2]) Der Sklave Panurgus wurde von einem gewissen Flavius getötet.[3]) Roscius und Fannius erheben gegen Flavius die Klage auf Schadensersatz, wobei Fannius auf Anraten des Piso[4]), welcher in dem vorliegenden Kondiktionenprozeß iudex ist[5]), die Vertretung des Roscius als dessen cognitor mit übernimmt unter der Verpflichtung, die Hälfte der erzielten Entschädigung dem Roscius herauszugeben[6]), wogegen Roscius dem Flavius für die Mühe des Prozeßführens 100 000 verspricht.[7]) Lite

[1]) Vgl. Puchta, Rheinisches Museum f. Jurisprudenz V (1833) 316fg., Ad. Schmidt, M. Tullii Ciceronis pro Q. Roscio comoedo oratio. Leipziger Dissert. 1839, v. B.-Hollweg, Zivilprozeß II 804fg., P. Krüger, Z. f. R. G. VII (1868) 237fg., Kappeyne van de Coppello, Abhandlungen zum römischen Staats- und Privatrecht. Übersetzt von Conrat. Stuttgart (1885) 212 fg., Baron, Condictionen 138fg., Ruhstrat, Der Prozeß gegen den Schauspieler Roscius, Z. d. S.St. III (1882) 34fg., v. Mayr, Condictio 46fg., Pflüger, Ciceros Rede pro Q. Roscio comoedo rechtlich beleuchtet und verwertet 1904. — [2]) c. 10 §§ 27—29. 31 a. E. Vgl. Ulp. 13 § 1 D. 19, 5. — [3]) c. 11 § 32. — [4]) c. 13 § 38. — [5]) c. 4 § 12. — [6]) c. 11 § 32, c. 13 § 37 (Quod a Flavio abstulero, partem dimidiam inde Roscio me soluturum spondeo), c. 18 §§ 53. 54. 56. — [7]) c. 13 § 38. Zu Unrecht nimmt Pflüger a. a. O. 3[7]. 130fg., 143fg. an, daß diese Vereinbarungen zwischen Roscius und Fannius der Gegenstand des in § 12 erwähnten arbitrium seien. Vielmehr wurden diese Vereinbarungen damals getroffen, als Fannius sich verpflichtete, den Prozeß für Roscius mit zu führen, was aus den Ausführungen bei Cicero §§ 32. 37. 38 sich deutlich ergibt. Auch darin können wir Pflüger a. a. O. 3. 101 nicht zustimmen, als ob der ganze vorliegende Prozeß, welcher den Gegenstand der Ciceroni-

contestata zwischen Fannius und Flavius vergleicht sich Roscius mit dem Flavius hinter dem Rücken des Fannius[1]) und erhält als Entschädigung von dem Flavius ein Grundstück[2]), welches in der Zwischenzeit im Werte sehr gestiegen ist und im Augenblicke des vorliegenden Kondiktionsprozesses 600 000 Sesterzen repräsentiert.[3]) Fannius behauptet, daß des Roscius Vergleich mit Flavius auch dem Fannius zugute komme[4]), und erhebt in dem vorliegenden Kondiktionenprozeß[5]) gegen Roscius die Klage auf Herausgabe der Hälfte des Wertes jenes Grundstückes. Cicero behauptet natürlich, daß sich Roscius für seine Person verglichen habe.[6]) Cicero behauptet noch weiter, daß Fannius von dem Flavius bereits 100 000 als Entschädigung erhalten habe[7]), was Cluvius, welcher iudex in dem Prozesse zwischen Fannius und Flavius war, bezeugen könne.[8]) Roscius erhebe keinen Anspruch auf die Hälfte der von Flavius dem Fannius gezahlten Entschädigung (100 000), da Roscius schon seinerseits von dem Flavius befriedigt sei.[9])

---

schen Rede bildet, die dem Fannius seitens des Roscius für die Mühe das Prozeßführens noch schuldigen 50 000 Sesterzen betreffe, nachdem Roscius die ersten 50 000 anstandslos gezahlt hat (c. 17 § 51). Diese 50 000 bilden mit den Gegenstand des vorliegenden Prozesses (v. B.-Hollweg a. a. O. 815[29 g. E.]), aber der Hauptgegenstand ist die Hälfte des dem Roscius als Entschädigung zugekommenen Grundstückes. Erörtert doch ausführlichst Cicero (oben S. 324[2. 6]), daß Roscius das Grundstück auf Grund eines Vergleiches für seine Person erhalten habe. Auf S. 2 gibt das übrigens Pflüger selbst an, indem er ausführt: „Er verlangte jetzt, daß Roscius das, was er durch den Vergleich erlangt hatte, mit ihm teile.“ Vgl. auch Pflüger a. a. O. 152fg. Es sind also Gegenstand des vorliegenden Prozesses nicht bloß 50 000 Sesterzen, wie Pflüger a. a. O. 3 angibt. Vgl. zustimmend v. B.-Hollweg, Zivilprozeß II 819, 3; 813, 6 a. E.

[1]) c. 13 § 38. Vgl. Pflüger a. a. O. 2[2]. — [2]) c. 12 § 33. Vgl. Ruhstrat a. a. O. 38fg. — [3]) Vgl. Mommsen, Hermes XX (1885) 317, Pflüger a. a. O. 152/153, Bekker, Z. d. S. St. XXV 390. — [4]) c. 12 § 34 (De tota re, inquit, decidisti). Ergo huc universa caussa deducitur, utrum Roscius cum Flavio de sua parte, an de tota societate fecerit pactionem). — [5]) Vgl. oben S. 323[7]. — [6]) c. 12 §§ 35—37, c. 13 §§ 38. 39, c. 14 § 40, c. 17 §§ 51—56. — [7]) c. 13 § 39 a. E., c. 14 §§ 40. 41, c. 16 §§ 48. 49. — [8]) c. 14 §§ 42. 43. — [9]) c. 18 § 56.

Da Fannius gegen den Roscius die condictio[1]) erhebt, so sucht Cicero nachzuweisen, daß keiner von den drei Kondiktionsgründen (datio, expensi latio, stipulatio) in dem vorliegenden Prozesse vorliegt. In dem zweiten Teile seiner Rede[2]) dagegen versucht Cicero nachzuweisen, daß auch eine Bereicherung des Roscius aus dem Sozietätsverhältnisse nicht vorliege. Daher sei die condictio auch aus diesem Grunde nicht berechtigt. Von der Sozietätsklage habe Fannius selbst seinerzeit Abstand genommen.

Zunächst führt also Cicero aus, daß von einem Literalkontrakt zwischen Roscius und Fannius nicht die Rede sein könne.[3]) Es will nun Cicero den Fannius selbst als Zeugen dafür beibringen, daß Roscius dem Fannius nichts schulde.[4]) Um dies Ziel zu erreichen, geht Cicero folgendermaßen vor. Er betont zunächst, daß Fannius die Klage auf certa pecunia (also die condictio certae pecuniae) erhebe und schließt daran Bemerkungen über die Gefahren einer solchen Klage wegen der Folgen der eventuellen plus petitio, sowie über den Unterschied zwischen iudicium und arbitrium.[5]) Aber dieser Unterschied zwischen iudicium und arbitrium gehört gar nicht zur Sache. Cicero macht nur diesen wohl berechneten Exkurs, um die Position des Klägers Fannius zu erschüttern, der offenbar zu seiner Sache kein rechtes Zutrauen habe, da er ein arbitrium herbeigerufen habe.[6]) Aber Cicero ist sich natürlich sehr wohl bewußt, daß das arbitrium, welches Fannius hat bestellen lassen, sich lediglich mit der Feststellung des Gegenstandes des klägerischen Anspruches zu befassen hatte. Daß das arbitrium nicht ein Schiedsgericht zwischen Fannius und Roscius sein konnte[7]), ergibt sich daraus, daß in dem

---

[1]) c. 4 § 10 pecunia tibi debebatur certa, quae nunc petitur per iudicem. Vgl. oben S. 39. Zustimmend v. B.-Hollweg, Zivilprozeß II 814[27. 28], P. Krüger a. a. O. 239, Pernice, Labeo III 224, Pflüger a. a. O. 5 fg. — [2]) c. 6—18 §§ 16—55. — [3]) c. 1—3 §§ 1—9. Vgl. Pflüger, Ciceros Rede pro Q. Roscio 101 fg. — [4]) c. 3 § 9 a. E.: Nisi eumdem et adversarium et testem habuerit Roscius, nolo vincat. — [5]) c. 4 §§ 10. 11. — [6]) c. 4 § 12 alter (wer ein iudicium angeht) caussae confidit: alter (wer ein arbitrium angeht) diffidit. — [7]) Vgl. unten S. 326 fg.

arbitrium lediglich der Gegenstand des Anspruches des Fannius geprüft wurde:

> c. 4 § 12 Quae quum ita sint: quaero abs te, quid ita de hac pecunia[1]), de his ipsis HSIↃↃↃ, de tuarum tabularum fide[1]) compromissum feceris, arbitrum sumpseris, quantum aequius et melius sit, dari repromittive, si pareret?

Das arbitrium ist also vom Prätor auf Antrag des Fannius bestellt worden. Cicero erwähnt nichts davon, daß dies arbitrium zu einem Endurteil zwischen den Parteien führte.[2]) Spricht doch Cicero ausdrücklich (c. 4 § 10) von der Klage auf certa pecunia. Das arbitrium hat sich lediglich mit der Frage befaßt, wie viel der Fannius zu beanspruchen habe, wie es mit den 50000 und mit der Zuverlässigkeit der Rechnungsbücher des Fannius stehe, und wie viel also der Roscius zu zahlen bzw. zu versprechen habe, wenn der Anspruch an sich als begründet gefunden wird (si pareret). Die Feststellung des Gegenstandes der Klage war notwendig, da der Prozeß, welcher vor sich geht, die actio certae creditae pecuniae ist. Cicero geht daher auf das arbitrium nicht weiter ein, nachdem er ausgeführt hat, daß das arbitrium dem Gegenstande des Anspruches galt, sondern sucht den iudex Piso in dem vorliegenden Prozesse zu verdächtigen. Dabei wiederholt Cicero sein Spiel mit dem iudicium und arbitrium, um es in echt Ciceronischer Weise als merkwürdig hinzustellen, daß derselbe C. Piso arbiter und iudex sei.

Nachdem nun Cicero die Unzulässigkeit der condictio certae pecuniae aus den erwähnten drei Gründen (datio, expensi latio, stipulatio) dargetan hat[3]), sucht er jetzt

---

[1]) Ebenso ib. § 13 de hac pecunia, de tabularum fide arbitrum sumpsit. — [2]) Dies müßte aber der Fall sein (vgl. Matthiass, Schiedsgericht 19), wenn wir in dem erwähnten arbitrium ein Schiedsgericht vor uns hätten, wie Baron, Condictionen 139 fg., Pernice, Labeo III 225 [1 a. E.], Pflüger a. a. O. 121 fg., 143 fg. annehmen. Der Vergleich (pactio), welchen Fannius (c. 9 § 25) behauptet, ist nicht identisch mit unserem arbitrium (c. 4 § 12). Vgl. unten S. 327[3]. 328[2]. — [3]) c. 5 § 14 Haec pecunia necesse est aut data, aut expensa lata, aut stipulata sit. Datam non esse Fannius confitetur: expensam latam

nachzuweisen[1]), daß die condictio auch nicht auf die Bereicherung aus dem Sozietätsverhältnis gestützt werden könne.[2]) Daß Cicero in diesen Ausführungen nicht von der actio pro socio sondern von der condictio[3]) spricht, hebt er deutlich hervor:

> c. 9 § 25 quem per arbitrum [sc. pro socio] circumvenire non posses — hunc per iudicem [sc. actionis certae creditae pecuniae] condemnabis —?

Von der Sozietätsklage kann Cicero nicht sprechen, da ja Fannius seinerzeit schon die Sozietätsklage erhoben, aber nicht durchgeführt hatte.[4]) Es kann daher Fannius nicht noch einmal die actio pro socio erheben. Wenn Cicero trotzdem so ausführlich von dem Sozietätsverhältnis spricht und namentlich zu beweisen sucht, daß Roscius den Vergleich mit Flavius nicht als socius sondern für seine Person abgeschlossen hat, so soll damit nicht die Sozietätsklage entkräftet werden — Fannius klagt ja nicht mit der Sozietätsklage — sondern es soll der Beweis erbracht werden, daß Roscius in dem Sozietätsverhältnisse keine unrechtmäßige Bereicherung erfahren hat. Aber es scheint zwischen den Parteien das Zustandekommen eines Vergleiches behauptet worden zu sein, was bei der langjährigen Dauer der Differenzen zwischen Roscius und Fannius[5]) nicht auffallen kann. Von diesem Vergleiche spricht Cicero aber erst, nachdem er konkludiert hat, daß aus dem Sozietäts-

---

non esse, codices Fannii confirmant: stipulatam non esse taciturnitas testium concedit.

[1]) c. 6—18 §§ 16—55. — [2]) Zustimmend v. B.-Hollweg, Zivilprozeß II 818fg. 825. 826, Pernice, Labeo I 418[7], III 224, Bekker, Aktionen I 98[7, 8]. Dagegen P. Krüger a. a. O. 240fg., Baron, Condictionen 170fg., v. Mayr, Condictio 53fg., Pflüger a. a. O. 115fg. Natürlich kann nicht von der condictio als Konkurrenzklage der actio pro socio die Rede sein. Die condictio stützt sich in unserem Falle auf einen anderen Tatbestand und hat daher auch ein anderes Ziel als die actio pro socio. Vgl. oben S. 5[13]. — [3]) Zustimmend v. B.-Hollweg, Zivilprozeß II 818fg. 825. 826, Pernice, Labeo III 224. — [4]) c. 9 § 25 Nam, quo tu tempore illa formula uti noluisti, nihil hunc in societatem fraudis fecisse ostendisti. — [5]) 15 Jahre währten sie schon nach c. 13 § 37. Zustimmend Pflüger, Ciceros Rede pro Q. Roscio 153[244].

verhältnis Roscius nicht schulden könne, da ja Fannius die actio pro socio nicht benutzt habe.[1]) Diesen Vergleich nennt Cicero pactio.[2]) Für diesen Vergleich habe aber Fannius keinen Beweis.[3]) Fannius behaupte, daß Roscius mit ihm den Vergleich (pactio) geschlossen habe, um der Verurteilung aus der Sozietätsklage zu entgehen. Aus diesem Grunde sei Roscius in dem arbitrium pro socio absolviert worden. Cicero dagegen behauptet, daß es sich anders verhalten habe. Fannius sei zu Roscius gekommen und habe ihm erklärt, daß er aus dem Sozietätsverhältnis nichts zu fordern habe und daß er daher auch im Termine nicht erscheinen werde. Infolgedessen sei Roscius absolviert worden.[4])

Es wird vielfach behauptet[5]), daß das erwähnte[6]) arbitrium sich auf die Sozietätsklage bezog, mit welcher Fannius den Roscius vorher belangt hatte.[7]) Dafür könnte man als Argument anführen, daß in dem arbitrium pro socio auf Bitten des Roscius dessen familiaris zum arbiter bestellt worden sei[8]), womit offenbar derselbe Piso gemeint sei, welcher bei dem obigen arbitrium[9]) erwähnt wird. Wir glauben, daß dieser Schluß unberechtigt ist. Der in § 26 erwähnte familiaris braucht durchaus nicht der in § 12 erwähnte Piso zu sein. Das arbitrium in § 12 wird im engsten Zusammenhange mit der actio certae creditae pecuniae erwähnt.[10]) Das hier[11]) angegebene arbitrium pro socio liegt weiter zurück und geht dem in § 12 erwähnten arbitrium zeitlich voraus. Sodann scheint uns gegen die angegebene Auffassung des arbitrium zu entscheiden, daß Cicero von dem arbitrium an ganz anderer Stelle spricht, als von der Sozietätsklage. Von dem arbitrium handelt Cicero an der Stelle, wo er das Eingreifen der actio

---

[1]) c. 9 § 25. Vgl. oben S. 327 [1]. — [2]) c. 9 § 25 Fecit pactionem. — [3]) a. a. O. Num tabulas habet, an non? Si non habet, quemadmodum pactio est? si habet, cur non nominas? — [4]) c. 9 § 26. Vgl. Kappeyne van de Coppello a. a. O. 213 [3]. — [5]) Ad. Schmidt a. a. O. 4fg., v. B.-Hollweg, Zivilprozeß II 808 [11]. 809, P. Krüger a. a. O. 238, v. Mayr, Condictio 57fg., dagegen Baron, Condictionen 139fg., Pernice, Labeo III 225 [1], Pflüger a. a. O. 121fg. (oben S. 326 [3]), Lenel, Édit II 12 [4]. — [6]) c. 4 § 12. — [7]) c. 9 § 26. — [8]) c. 9 § 26. — [9]) c. 4 § 12. — [10]) Vgl. oben S. 325. — [11]) c. 9 § 26.

certae creditae pecuniae aus den drei Gründen (datio, expensi latio, stipulatio) zurückweist[1]), die Sozietätsklage dagegen wird in dem zweiten Teile der Rede behandelt[2]), wo Cicero auf die erwähnten drei Kondiktionsgründe nicht mehr zurückkommt.

Wir sind somit zu dem Resultate gekommen, daß der Gegenstand der condictio durch ein arbitrium in iure festgestellt wurde. Dazu hat uns namentlich die Erwägung geführt, daß wegen des Charakters der condictio als strictum iudicium der Gegenstand der Klage schon in iure in ganz bestimmter Form vorliegen mußte.[3]) Wir haben es auch versucht, für unsere Auffassung direkte Beweise beizubringen.[4]) Man könnte nun einwenden, daß es auffallend sei, daß die Quellen von unserem arbitrium in iure so wenig melden, was bei der Häufigkeit der condictio um so höher angeschlagen werden müsse. Wir glauben denn doch, daß sich dies erklären lasse.

Allerdings war es charakteristisch für die condictio, daß der Gegenstand der Klage durch ein arbitrium in iure festgestellt wurde. Bei keiner anderen Klage treffen wir in historischer Zeit dies an. Aber wie machte die Sache sich praktisch? Ein arbitrium in iure war nichts Außergewöhnliches. Schon bei dem Zuspruch der vindiciae im Legisaktionenverfahren konnte der praetor in iure zur Regelung von Streitfragen ein arbitrium bestellen.[5]) Auch beim Schiedsgericht wurde der Gegenstand des Streites (pecunia compromissa)[6]) vorweg bestimmt. Und wohl auch die Klage des argentarius werden wir uns nicht anders vorstellen können, als mit Kompensation der Forderungen mit Hilfe eines arbitrium in iure.[7]) Auch sonst wird

[1]) c. 4 §§ 10—13, c. 5 § 14. — [2]) c. 6—18 §§ 16—55. — [3]) Vgl. oben S. 312fg. Schon v. Keller-Wach, Röm. Zivilpr. [6] 93 § 18 bemerken: „Dann muß aber diese einzige übrig bleibende Verhandlung vor dem Magistrat doch etwas enthalten haben, was dem künftigen iudicium seine Richtung, insbesondere seinen fest bestimmten Gegenstand gab.“ Es wird mit der Bestimmung des Gegenstandes der condictio die sponsio tertiae partis (a. a. O. 94) in Zusammenhang gebracht. Vgl. unten § 19. — [4]) oben S. 320fg. — [5]) Festus v. vindiciae. — [6]) Vgl. Lenel, Édit I 147[2]. — [7]) G. IV 68.

gelegentlich ein arbitrium in iure erwähnt.[1]) Ist somit das arbitrium in iure nichts Außergewöhnliches, so erklärt es sich, warum in unseren Quellen nicht so deutlich hervorgehoben wird, daß der Gegenstand der condictio in einem arbitrium festgestellt wurde. Schon mit dem Ausdruck condictio kam zum Ausdruck, daß ein besonders geartetes Prozeßverfahren vorliegt[2]): es brauchte nicht in jedem Falle darauf noch besonders verwiesen zu werden. Und dann noch Eines! Mit der Erhebung der Klage vor dem praetor war der Kläger noch keineswegs actor[3]): es fand vor dem Prätor ein Streiten hin und her über die Fassung der Formel statt.[4]) Die Klage war „perfekt" erst mit der Litiskontestation. Im Augenblicke der Litiskontestation lag aber der Gegenstand der condictio schon in ganz bestimmter Weise vor. Kann es da wundern, daß schon zu Gaius' Zeit die condictio als schlichte persönliche Klage auf dare fierive oportere erschien?[5]) Galt doch vom Augenblicke der Litiskontestation an für die condictio nichts Absonderliches. Vielleicht findet auf diese Weise jene vielerörterte[6]) allgemeine Definition des Gaius, welche bekanntlich Ulpian[7]) wiederholt, eine natürliche Erklärung.

Auch das Selbstschätzungsrecht der Byzantiner[8]) läßt sich verstehn, wenn in klassischer Zeit ein Schätzungsverfahren in iure zwecks Feststellung des Gegenstandes der condictio stattgefunden hat.[9]) Nachdem im arbitrium in iure

---

[1]) z. B. Ulp. 1 § 6, fr. 3 § 2 D. 35, 3 (vgl. oben S. 165[1]). — [2]) Vgl. oben S. 40[2]. — [3]) Vgl. Wlassak, Litiskontestation 40 und Röm. Prozeßges. II 335[21], auch Lenel, Édit I 69. — [4]) Vgl. oben S. 313[2]. — [5]) IV 5. Vgl. oben S. 288 fg. — [6]) v. Savigny, System V 588 fg., Bekker, Aktionen I 135. 142 fg., Baron, Condictionen 237 fg., Pfersche, Bereicherungsklagen 10, Pernice, Labeo III 202[1], Wlassak, Röm. Prozeßgesetze I 82 fg., II 356[14] und v. actio in Pauly-Wissowa, Realencyclop. 306, 5 fg., Mitteis, Condictio generalis, Jherings Jahrb. 39 (1898), 168. 169, v. Mayr, Condictio 139 fg. und Condictio incerti, Z. d. S. St. XXV 203[5]—205[2], 230[1] (dazu oben 127[4]), Kipp, v. condictio in Pauly-Wissowa, Realencyclop. 849, 4 fg. — [7]) 25 pr. D. 44, 7. Vgl. 1 § 1 C. 8, 54 a. 258 und dazu oben S. 280[5], 304[4], sowie Sch. 3 zu tit. D. 12, 1 (Bas. XXIII 1 ed. Heimbach II 585). Vgl. weiter § 15 J. 4, 6 und Theophilus, Paraphr. Inst. IV 6 § 15. — [8]) Vgl. oben S. 291 fg. — [9]) Vgl. oben S. 292[1]. 320 fg.

sich die Rechtssätze entwickelt hatten, was als unrechtmäßige „Bereicherung“ zu betrachten sei [1]), konnte man es dem Kläger überlassen, den Gegenstand der condictio anzugeben. Was aber die Feststellung der Tatsachen betraf, so war in der extraordinaria cognitio eine Trennung der Untersuchungen nicht mehr erforderlich. In der Haftfrage dagegen macht sich das Bestreben geltend, die allgemeinen Sätze des Obligationenrechtes auf die condictio zu übertragen. [2])

## § 18.

## Die Formel der condictio.

Wir haben nunmehr zu untersuchen, ob mit unserer Auffassung, wonach der Gegenstand der condictio prozessualisch in einem arbitrium in iure festgestellt wird, übereinstimmt oder wenigstens nicht im Widerspruch steht das, was wir von der Formel der condictio wissen. Hierbei werden wir in erster Reihe unser Augenmerk auf diejenigen Aussprüche der Quellen lenken müssen, welche Bestandteile der Kondiktionsformel enthalten. Nach unserem bisherigen Resultat ist der einheitliche Charakter der condictio dargetan. Es gibt nur eine condictio, welche stets auf ein certum geht. Die condictio geht prinzipiell auf dare oportere, und zwar entweder certae pecuniae oder certae rei. Daneben ist aber die condictio auf facere oportere anerkannt, welche gleichfalls stets auf ein certum geht. Das Charakteristische der condictio auf facere oportere besteht darin, daß hier die Kondemnation auf das Interesse des Klägers geht. In allen Fällen der condictio muß aber der Gegenstand der Klage in der intentio der Formel angegeben sein, woraus folgt, daß der Gegenstand der condictio nicht erst im iudicium festgestellt werden kann, sondern schon im Augenblicke der Litiskontestation in ganz bestimmter Form vorliegen muß. [3]) Es wird zu zeigen sein, daß die uns überlieferten Nachrichten von der Formel der condictio mit unserer Auffassung zusammentreffen.

---

[1]) Vgl. unten § 23. — [2]) Vgl. unten § 23. — [3]) Vgl. oben S. 284 fg.

I. Daß die Kondiktionsformel abstrakt gefaßt war, haben wir bereits hervorgehoben, und wird auch allgemein anerkannt.[1]) Es gilt dies sowohl von der condictio auf dare oportere wie von der condictio auf facere oportere. Das letztere folgt schon aus der Abstraktheit der condictio auf dare oportere.[2]) Aber es wird auch bestätigt durch die Quellenaussprüche, welche wir über die condictio auf facere oportere haben. In allen diesen Entscheidungen wird das facere als Gegenstand der condictio hervorgehoben; nirgends aber haben wir einen Anhalt dafür, als ob in der Formel die causa der Obligation zum Ausdrucke komme.[3])

II. Es ist sicher, daß die Kondiktionsformel in der intentio auf dare oportere ging.[4])

G. IV 33 Sive enim pecuniam sive rem aliquam certam debitam nobis petamus, eam ipsam 'dari nobis oportere' intendimus; rel.

G. III 91 Is quoque qui non debitum accepit ab eo qui per errorem solvit, re obligatur. nam perinde ei condici potest 'Si paret eum dare oportere'[5]) rel.

Noch die Byzantiner heben dies hervor.[6])

Die condictio auf dare oportere enthält in der intentio den Gegenstand der Klage, da die condictio direkt auf den Gegenstand der Klage gerichtet ist, wie wir bereits ausgeführt haben.[7]) Daraus folgt, daß die Kondiktionsformel anheben muß mit den Worten Si paret und eine demonstratio[8]) nicht enthalten darf. Es ist dies eine

---

[1]) Vgl. oben S. 33fg. — [2]) Vgl. Baron, Condictionen 219fg. — [3]) Vgl. oben S. 45 [1—5. 7]. — [4]) Zustimmend v. Savigny, System V 588fg., Heimbach, Creditum 554fg., Pernice, Labeo III 226 und Labeo II [2], 2 S. 101 [2], Naber, Observ. de iure romano, Mnemosyne XX (1892) 192, v. Mayr, Condictio incerti, Z. d. S. St. XXV 204 [11]. — [5]) Vgl. noch Cicero pro Q. Roscio c. 4 § 11, Pomp. 15 D. 12, 4, Pomp. bei Ulp. 32 D. 19, 1 (oben S. 151), G. IV 4. 5. 18. 20, Ulp. 75 § 8, fr. 29 § 1 D. 45, 1. — [6]) Vgl. außer den oben S. 61 [2]. 298/299 angegebenen Aussprüchen noch Cyrill. zu Ulp. 1 D. 12, 1 (Bas. XXIII 1 c. 1 ed. Heimbach II 586) und Sch. 5 zu Ulp. 3 § 9 D. 12, 4 (Bas. XXIV 1 c. 3 ed. Heimbach III 3). — [7]) oben S. 14. 15. — [8]) v. Savigny, System V 609fg. läßt fakultativ eine demonstratio zu. Vgl. oben S. 18 [2—4]. 85 [2], auch Heimbach, Creditum 557fg., Bekker, Aktionen I 111 [34].

Konsequenz der Abstraktheit der Formel.[1]) Daraus folgt weiter, daß der Gegenstand der condictio schon im Augenblicke der Litiskontestation in ganz bestimmter Weise vorliegen muß, da der iudex im strictum iudicium den Anspruch des Klägers weder mehren noch mindern darf.[2])

Die condictio dare oportere hat zum Gegenstande entweder certa pecunia oder certa res, wie G. IV 33 ausdrücklich hervorhebt.[3]) Wir haben schon hervorgehoben, daß es unbegründet ist, nur eine condictio certae pecuniae anzunehmen und die condictio certae rei in ihr aufgehn zu lassen.[4]) Andererseits ist es ohne Anhalt, eine besondere Formel für die condictio certae rei anzunehmen und eine besondere condictio triticaria zu statuieren; vielmehr ist die condictio triticaria interpoliert.[5]) Es gibt nur eine condictio certae pecuniae und eine condictio certae rei, sofern wir lediglich die condictio auf dare oportere im Auge haben.

Die condictio certae pecuniae hat dieselbe Klagformel wie die Darlehnsklage (die actio certae creditae pecuniae).[6])

> Gaius 5 § 3 D. 44, 7 Is quoque, qui non debitum accipit per errorem solventis, obligatur quidem quasi ex mutui datione et eadem actione tenetur, qua debitores creditoribus[7]): rel.

Es wird daher mit Recht heute allgemein die Identität der condictio certae pecuniae und der actio certae creditae pecuniae angenommen.[8]) Da nun die Klag-

---

Jedoch hält Heimbach a. a. O. 579 fg. bei der condictio certae rei eine demonstratio für zulässig.

[1]) Vgl. oben S. 332[1]. — [2]) Vgl. oben S. 8 fg. — [3]) Vgl. auch Ulp. 75 § 8 D. 45, 1 cum ei liceat vel hominem tantum vel decem tantum intendere sibi dari oportere. — [4]) oben S. 47 fg. — [5]) Vgl. oben S. 48[6, 7]. — [6]) Vgl. Lex Rubria c. XXI, G. IV 171. — [7]) Vgl. noch G. III 91 § 1 J. 3, 14, § 6 J. 3, 27, Theophil. Paraphr. Inst. III 14 § 1, Sch. 13 zu Ulp. 7 pr. D. 2, 14 (Bas. XI 1 c. 7 ed. Heimbach I 566). — [8]) Vgl. oben S. 39 fg. Selbst Karlowa, Röm. Rechtsgeschichte II 596 unten, welcher in der actio certae creditae pecuniae und in der condictio certae pecuniae verschiedene Klagen erblickt, nimmt für beide Klagen dieselbe Formel an. Vgl. oben S. 43[4].

formel der actio certae creditae pecuniae uns erhalten ist[1]), so ergibt sich daraus, daß die Formel der condictio certae pecuniae lautete:

Iudex[2]) esto. Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio Sestertium decem milia dare oportere, iudex, Numerium Negidium Aulo Agerio Sestertium decem milia condemna. Si non paret, absolve.[3])

Mit Recht nimmt daher die herrschende Ansicht eine solche Klagformel für die condictio certae pecuniae an.[4]) Daß die Formel im prätorischen Album proponiert war, ergibt sich daraus, daß Ulpian im 26. und 27. Buche seines Ediktskommentars[5]) sich ausführlich mit der actio certae creditae pecuniae beschäftigt.[6])

Auch die Rekonstruktion der Formel für die condictio certae rei bietet keine großen Schwierigkeiten. Daß es eine besondere Formel für die condictio certae rei gegeben hat, beweist G. IV 33.[7]) Daß es unbegründet ist, die condictio certae rei in der condictio certae pecuniae aufgehn zu lassen, haben wir schon hervorgehoben.[8]) Desgleichen haben wir bereits bemerkt, daß die condictio certae rei einen besonderen Namen nicht geführt hat, und daß die Bezeichnung condictio triticaria den Kompilatoren angehört.[9])

Die Formel der condictio certae rei war aber wohl nicht auf tritici Africi optimi modios centum gestellt,

---

[1]) G. IV 41. 50. 86. Vgl. Heimbach, Creditum 553fg. — [2]) Vgl. Cicero pro Q. Roscio c. 4 § 10 Pecunia tibi debebatur certa, quae nunc petitur per iudicem. — [3]) G. IV 86. Vgl. oben Anm. 1. — [4]) Heimbach, Creditum 570[1], Pernice, Sog. Realverbalcontract, Parerga IV, Z. d. S. St. XIII 252 oben und Labeo II[2], 2 S. 102[1], Lenel, Édit I 273[4—6], Kipp, v. condictio in Pauly-Wissowa, Realencyclop. 849, 42fg., Girard, Droit romain [4] 491[2], Karlowa, Röm. Rechtsgeschichte II 596. — [5]) Lenel, Paling. Ulpian 755fg. — [6]) Vgl. insbesondere 1 D. 12, 1; 1 D. 12, 6; 1 D. 13, 3 (oben S. 49). — [7]) oben S. 332. Vgl. auch Ulp. 24 D. 12, 1 und zustimmend Huschke, Darlehn 211. 212, Lenel, Édit I 268[4]. 269[1], auch oben S. 68fg. — [8]) oben S. 48[3]. — [9]) oben S. 48[9].

wie Lenel[1]) annimmt. Der Scholiast Stephanus[2]) berichtet freilich, daß für die condictio triticaria der Byzantiner eine „alte Formel" als Muster vorlag, in welcher vom triticum die Rede war. Daraus folgt aber nicht, daß die Formel auf triticum die einzige Formel der condictio certae rei war. Aus den Ediktskommentaren[3]) scheint vielmehr zu folgen, daß die Formel der condictio certae rei auf hominem Stichum gestellt war. Übrigens gesteht Lenel[4]) selbst zu, daß die Formel der condictio certae rei auf den servus als Gegenstand der Klage gestellt sein konnte. Die Formulierung mit tritici Africi bei Lenel ist wohl noch eine Reminiszenz der condictio triticaria, deren Interpolation Lenel[5]) jetzt anerkennt.

In der Kondemnation ging die Formel der condictio certae rei auf quanti ea res est[6]) und nicht auf quanti ea res erit. Es ist dies eine Konsequenz davon, daß die Kondemnation im strictum iudicium nur auf den Sachwert des in der intentio angegebenen Gegenstandes gehn konnte.[7])

Die Formel der condictio certae rei lautete somit:

> Iudex esto. Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio hominem Stichum[8]) dare oportere, quanti ea res est[9]), tantam pecuniam, iudex, Numerium Negidium Aulo Agerio condemna. Si non paret, absolve.

Im wesentlichen nimmt auch die herrschende Ansicht eine solche Formel an.[10])

---

1) Édit I 277[2]. Ihm folgen Pernice, Labeo II[2] 2 S. 104, Kipp, v. condictio in Pauly-Wissowa, Realencyclop. 850, 28fg., Girard, Droit romain[4] 491. — 2) Vgl. oben S. 48[6 a. E.] — 3) Ulp. 26 § 13 D. 12, 6; 34 pr. D. 12, 2; 3 D. 13, 3; Iul. 32 pr. § 3 D. 12, 6. Vgl. auch Ulp. 7 § 2 D. 13, 1; 75 § 8 D. 45, 1; Cels., Iul., Marcell., Pap., Ulp. 10 C. 4, 5 a. 530. — 4) Édit I 277[5. 6]. — 5) Édit I 276. Vgl. oben S. 48[9]. — 6) Zustimmend Lenel, Édit I 277[3. 6]. — 7) Paul. 5 § 2 D. 19, 5. Vgl. oben S. 8fg., 211fg. Heimbach, Creditum 570fg. nimmt auch für die condictio certae rei eine condemnatio certae pecuniae (G. IV 50. 51) in Anspruch. — 8) Vgl. oben Anm. 3. — 9) Vgl. oben Anm. 6. 7. — 10) Vgl. Bekker, Aktionen I 111[34], Baron, Condictionen 24[32], Pernice, Labeo II[2], 2 S. 102[2], Kipp, v. condictio in Pauly-

Daß im prätorischen Album eine Formel für die condictio certae rei proponiert war[1]), dürfen wir aus Ulp. 1 pr. D. 13, 3 entnehmen, wo neben der condictio certae pecuniae eine besondere Klage für die certa res angeführt wird, wenn auch der Name condictio triticaria interpoliert ist.[2]) Die Existenz der Formel für die condictio certae rei im prätorischen Album wird auch bestätigt durch die Ediktskommentare.[3])

III. Neben der condictio auf dare oportere gibt es eine condictio auf facere oportere. Als Beweis dafür muß gelten, daß in unseren Quellen immerhin genügend oft von einer condictio auf facere oportere die Rede ist.[4])

Marcell. 72 § 3 D. 46, 3 — si quis, cum subreptus sibi servus esset, sub condicione stipulatus fuerit quidquid furem dare facere oportet: nam et fur condictione liberatur, si dominus oblatum sibi accipere noluit. rel.

Marcell. bei Ulp. 29 § 1 D. 45, 1 — si quidem ita stipulatus sim: 'quod ex causa condictionis dare facere oportet'?, stipulationem valere: si vero hominem dari stipulatus fuero, nullius momenti esse stipulationem. quod si postea sine mora decessisse proponatur servus, non teneri furem condictione Marcellus ait: quamdiu enim vivit, condici poterit, at si decessisse proponatur, in ea condicione est, ut evanescat condictio propter stipulationem.

Es ist ein Sklave gestohlen worden. Der Bestohlene stipuliert von dem Diebe seinen Anspruch aus dem Diebstahl, indem durch Novation das, was er wegen des Diebstahls zu fordern hatte, zum Gegenstand einer Stipulationsforderung gemacht wird.[5]) Durch diese Novation ist die Kondiktionsforderung untergegangen. Es wird nun ausdrück-

---

Wissowa, Realencyclop. 850, 27 fg., Lenel, Édit I 277[2, 3], Girard, Droit romain [4] 491.

[1]) Hierüber hegt Zweifel v. Mayr, Condictio incerti, Z. d. S. St. XXIV 277[3]. Vgl. oben S. 51[1]. — [2]) Vgl. oben S. 48[9]. — [3]) Vgl. Ulp. 8 D. 13, 1; 3 D. 13, 3. Zustimmend Lenel, Édit I 276[4]. — [4]) Vgl. auch Bekker, Aktionen I 142[20]. — [5]) Zustimmend Mommsen, Beiträge z. Obligationenrecht III (Lehre von der Mora) 331[4]. Vgl. auch v. Savigny, System V 592[d].

lich angegeben, daß auf Grund des Diebstahls der Bestohlene von dem Diebe ein dare facere fordern dürfe. Daraus folgt, daß die condictio auch auf ein facere gehn kann. Wenn man aber fragen wollte, wie die condictio ex causa furtiva auf facere gehn konnte, so ist dies sehr wohl zu erklären. Der Dieb ist in der Tat auf Grund der condictio in erster Reihe zu einem dare verpflichtet (oben S. 182[3]), nämlich zur Herausgabe des höchsten Wertes der gestohlenen Sache.[1]) Aber der Dieb hat auch die Akzession z. B. eine Erbschaft herauszugeben.[2]) Und gerade in diesem Falle kann eine Verpflichtung zu einem facere vorliegen.

Dagegen möchten wir uns für die Möglichkeit der condictio facere oportere nicht berufen[3]) auf

Paul. 53 pr. D. 50, 16 cum vero dicimus 'quod eum dare facere oportet' rel.,

da der Zusammenhang dieser Worte mit der condictio nicht erweisbar ist.

Dagegen ist aber noch auf die allgemeine Definition der condictio, von welcher Gaius[4]) und Ulpian[5]) berichten, zu verweisen als Argument dafür, daß die condictio auf facere gehn kann.[6])

Aber auch in den einzelnen Anwendungsfällen der condictio facere oportere wird ausdrücklich hervorgehoben, daß die condictio auf ein Tun des Beklagten gerichtet ist.

Paul. 15 § 1 D. 12, 6 condictio competet, ut — possessio — reddatur.[7])

Pomp. 22 § 1 D. 12, 6 condicam, ut iter mihi concedatur.[8])

Pomp. bei Ulp. 3 § 10 D. 35, 3 condictionem interponendae satisdationis gratia competere.[9])

Jul. 18 § 1 D. 39, 6 condictione — debitoris obligationem — reciperet.[10])

---

[1]) Ulp. 8 § 1 D. 13, 1, Tryf. 29 D. 25, 2. — [2]) Paul. 3 D. 13, 1. — [3]) Dies tun Baron, Condictionen 231[20], Trampedach, Condictio incerti, Z. d. S. St. XVII 127/128. — [4]) IV 5. — [5]) 25 pr. D. 44, 7. — [6]) Vgl. oben S. 288 fg., 336. Zustimmend auch Dernburg-Biermann Pandekten I[7] § 131[8]. — [7]) Vgl. oben S. 208[2]. — [8]) Vgl. oben S. 259[3], auch Paul. 8 pr. D. 19, 1, Marcian 35 D. 8, 2. — [9]) Vgl. oben S. 263. — [10]) Vgl. oben S. 269. 272[5, 6].

Jul. 3 D. 12, 7 condictione consequi — ut liberentur.[1])

Auch bei den Scholiasten ist die condictio auf facere oportere anerkannt, wenn sie auch nicht häufig vorkommt. Daß die condictio facere oportere bei den Scholiasten nicht gerade häufig ist, erklärt sich daraus, daß man zur Zeit der Scholiasten eine Vorliebe für die condictio certi (= condictio certae pecuniae) hatte, auf welche alle Kondiktionsansprüche zurückgeführt werden konnten, indem der Kläger durch Selbstschätzung seinen Anspruch sofort in Geld schätzte und nunmehr die condictio certae pecuniae auf diese Geldsumme richtete.[2]) Daß aber bei den Scholiasten die condictio facere oportere anerkannt ist, beweist die Existenz der condictio liberationis, von welcher die Scholiasten ausdrücklich hervorheben, daß sie auf die Aufhebung der Obligation (also ein facere) geht.[3])

Die condictio facere oportere ist direkt auf den Gegenstand des klägerischen Anspruches gerichtet.[4])

Tryf. 76 D. 23, 3 nam ut corporis vel pecuniae translatae, ita obligationis constitutae mortis causa condictio est.[5])

Ulp. 1 pr. D. 12, 7 qui autem promisit sine causa, condicere quantitatem non potest quam non dedit, sed ipsam obligationem.

Ulp. 7 pr. D. 7, 9 ipsa stipulatio condici poterit.

Daraus folgt, daß die Formel der condictio facere oportere eine praescriptio bzw. demonstratio nicht gehabt hat, sofern wir noch den abstrakten Charakter der condictio (also auch der condictio facere oportere) in Erwägung ziehen.[6]) Mit Recht hat sich daher heute die herrschende Ansicht gegen die demonstratio bzw. praescriptio in der Formel der condictio auf facere oportere ausgesprochen.[7]) Daraus folgt weiter, daß die Formel der condictio facere

---

[1]) Vgl. oben S. 280[1]. 285 fg. — [2]) Vgl. oben S. 56 fg., 59. 61[5,6]. 63[4]. 293 fg. 303. — [3]) Vgl. oben S. 62. 63. — [4]) Daß dies auch für die condictio dare oportere gilt, darüber vgl. oben S. 14. 15. 332[7]. — [5]) Vgl. oben S. 127[1]. — [6]) Vgl. oben S. 332[3]. — [7]) Vgl. oben S. 17[7]. 18[1].

oportere nicht eine unbestimmte intentio gehabt hat, da der Gegenstand der condictio ausdrücklich in der intentio angegeben sein mußte.[1]) Auch dies wird von der herrschenden Ansicht heute durchaus anerkannt.[2])

v. Mayr[3]) hat die Auffassung vertreten, daß die Formel der condictio obligationis sich in der intentio von der Formel der actio incerti nicht unterschieden habe. Daraus schließt freilich v. Mayr nicht mit einer älteren Meinung auf die unbestimmte intentio[4]) der condictio facere oportere, vielmehr sucht er auf Grund davon durchzuführen, daß die condictio incerti für die actio incerti interpoliert sei. Wir haben eingehend gegen diese Auffassung unsere Argumente vorgetragen.[5])

Man kann noch die Frage aufwerfen, ob die Formel der condictio facere oportere für die einzelnen Anwendungsfälle (condictiones possessionis, impensarum etc.)[6]) spezialisiert war, oder ob für alle Anwendungsfälle eine allgemeine Formel bestand: etwa Si paret facere oportere oder Si paret incertum facere oportere. Die letztere Fassung möchten wir von unserem Standpunkte schlechtweg ausschließen, da die Zusätze „incerti", „incertum" bei der condictio auf Interpolation beruhn[7]), und wir eine besondere Erklärung für die nachklassische Entstehung der Bezeichnung condictio „incerti" versucht haben.[8]) Wir haben festzustellen gesucht, daß die Bezeichnung condictio incerti in nachklassischer Zeit sich daraus erkläre, daß die condemnatio bei der condictio facere oportere auf das „Interesse" des Klägers geht, woraus die Vorstellung entstehn konnte, als ob es sich in diesen Fällen um die condictio eines „incertum" handelt, da das „Interesse" sicherlich ein „incertum" ist.[9]) Bei den Scholiasten erscheint daher die condictio facere oportere

---

[1]) Vgl. auch oben S. 13fg. — [2]) Vgl. oben S. 17[2]. — [3]) Vgl. oben S. 86[4—6]. 97[3. 4]. 98[4]. — [4]) Vgl. oben S. 16[6]—17[2]. — [5]) oben S. 88fg., 98fg., 119fg., 127. Erst die Scholiasten gebrauchen mitunter condictio incerti synonym mit actio incerti. Vgl. oben S. 62[3]. 63[3]. — [6]) Vgl. oben S. 181fg. — [7]) Vgl. oben S. 45[3—6]. — [8]) Vgl. oben S. 192fg. 210. 217fg. — [9]) Vgl. oben S. 217.

vielfach als eine condictio auf incertum.[1]) Eine generelle Formel für alle Fälle der condictio facere oportere in der Formulierung Si paret incertum facere oportere möchten wir auch deshalb nicht annehmen, weil wir damit eine unbestimmte intentio vor uns hätten, auf welche die Kondemnation mit quidquid ob eam rem etc. folgen müßte. Mit Recht hat sich aber die herrschende Ansicht gegen eine unbestimmte intentio der condictio facere oportere ausgesprochen.[2])

Aber wir möchten auch nicht eine generelle Formel „facere oportere“ für alle Anwendungsfälle der condictio facere oportere annehmen. Denn es ist bezeichnend, daß die condictio stets im Zusammenhang mit dem Gegenstande der condictio erwähnt wird. Eine condictio ohne Angabe des Gegenstandes, welcher „kondiziert“ werden soll, erscheint als gegen das Wesen der condictio verstoßend. Recht bezeichnend dafür ist G. IV 33. In den Quellen wird daher von der condictio facere oportere in dieser Allgemeinheit nur sehr selten gesprochen.[3]) Regelmäßig dagegen wird der Inhalt des facere (ut possessio reddatur, ut iter mihi concedatur usw.)[4]) angegeben. Wir nehmen daher mit der herrschenden Ansicht[5]) an, daß die Formel der condictio facere oportere in der intentio den spezialisierten Gegenstand der Klage enthielt.

Die condemnatio der Formel war auf quanti ea res est gestellt.[6]) Es war dies eine Folge davon, daß die condictio zu einem strictum iudicium führte.[7]) Und nur als eine Folge davon, daß der Sachwert des facere sich nicht anders bemessen läßt als durch das „Interesse“ des Klägers, ist es zu betrachten, daß das quanti ea res est der Formel in unserem Falle das „Interesse“ des Klägers bedeutet.[8])

Ausdrücklich möchten wir noch hervorheben, daß die

---

[1]) Vgl. oben S. 61[7]. 62[2, 3]. — [2]) Vgl. oben S. 17[2]. — [3]) Vgl. oben S. 336fg. — [4]) Vgl. oben S. 337. — [5]) Bekker, Aktionen I 111[34], Baron, Condictionen 9 oben, 231. — [6]) Auch dies entspricht der herrschenden Ansicht. Vgl. oben S. 17[2]. Über die Auffassung, wonach die Kondemnation auf quanti ea res erit geht, vgl. oben S. 83[4]fg. — [7]) Vgl. oben S. 8fg. — [8]) Vgl. oben S. 211fg.

condictio facere oportere keineswegs als condictio certae rei gilt, und daß daher die Formel der condictio facere oportere auch keineswegs sich an die Formel der condictio certae rei anlehnt[1]), wie dies Trampedach[2]) und v. Mayr[3]) annehmen, und selbst Pernice[4]) in der Form vertritt, daß die condictio facere oportere (d. i. die sog. condictio incerti) sich aus der condictio triticaria[5]) entwickelt habe. Die Formel der condictio facere oportere hat nur so viel mit der Formel der condictio certae rei gemein, als die condictio facere oportere natürlich eine Kondiktionsformel hat, was dem einheitlichen Charakter der condictio entspricht.[6]) Im übrigen steht die condictio facere oportere in keinem näheren Verhältnis zur condictio certae rei als zur condictio certae pecuniae. Die condictio facere oportere hat sich vielmehr als Gegenstück der condictio dare oportere die Anerkennung erkämpft.[7])

Die Formeln der condictio auf facere oportere lauteten somit:

Iudex esto. Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio possessionem, qua de agitur, tradere oportere[8]), quanti ea res est[9]), iudex, Numerium Negidium Aulo Agerio condemna. Si non paret, absolve.

Si paret N$^{m}$ N$^{m}$ A$^{o}$ A$^{o}$ impensas, de quibus agitur, reddere oportere, quanti ea res est[9]), iudex, N$^{m}$ N$^{m}$ A$^{o}$ A$^{o}$ c. S. n. p. a.[10])

Si paret N$^{m}$ N$^{m}$ A$^{o}$ A$^{o}$ operas, de quibus agitur, reddere oportere, quanti ea res est[9]), iudex, N$^{m}$ N$^{m}$ A$^{o}$ A$^{o}$ c. S. n. p. a.[11])

Si paret N$^{m}$ N$^{m}$ A$^{o}$ A$^{o}$ habitationem, de qua

---

[1]) Vgl. oben S. 195[3]—197[2]. 210[1]. 248[3]. 254[5]. 255[1]. 258[1]. 260[2]. 272[4—6]. 281[4, 5]. 285. — [2]) Vgl. oben S. 81[1, 2]. 82. — [3]) Vgl. oben S. 86[3]. 88[4]. — [4]) Labeo III 209[4, 5]. Vgl. oben S. 48[9]. — [5]) Vgl. oben S. 48[9]. — [6]) Vgl. oben S. 180/181. 290[4, 5]. — [7]) Vgl. oben S. 284 fg. — [8]) Paul. 15 § 1 D. 12, 6 (oben S. 189). — [9]) Vgl. oben S. 340[6—8]. — [10]) Vgl. oben S. 219 fg. 244 fg. — [11]) Vgl. oben S. 254 fg.

agitur, dare[1]) oportere, quanti ea res est[2]), iudex, $N^m$ $N^m$ $A^o$ $A^o$ c. S. n. p. a.[3])

Si paret $N^m$ $N^m$ $A^o$ $A^o$ servitutem, de qua agitur, concedere[4]) oportere, quanti ea res est[2]), iudex, $N^m$ $N^m$ $A^o$ $A^o$ c. S. n. p. a.[5])

Si paret $N^m$ $N^m$ $A^o$ $A^o$ cautionem, de qua agitur, interponere[6]) oportere, quanti ea res est[2]), iudex, $N^m$ $N^m$ $A^o$ $A^o$ c. S. n. p. a.[7])

Si paret $N^m$ $N^m$ $A^o$ $A^o$ obligationem, de qua agitur, restituere[8]) oportere, quanti ea res est[2]), iudex, $N^m$ $N^m$ $A^o$ $A^o$ c. S. n. p. a.[9])

Si paret $N^m$ $N^m$ $A^o$ $A^o$ obligationem, de qua agitur, acceptam facere[10]) oportere, quanti ea res est[2]), iudex, $N^m$ $N^m$ $A^o$ $A^o$ c. S. n. p. a.[11])

Im wesentlichen entspricht die angegebene Formelfassung der condictio facere oportere der heute herrschenden Ansicht.[12]) Wir weichen nur darin von der herrschenden Ansicht ab, daß wir in den angegebenen Fällen von einer condictio auf facere oportere sprechen, während die herrschende Ansicht von einer condictio incerti spricht, deren Existenz im klassischen Rechte wir leugnen.[13]) Wir glauben, daß dies nicht bloß eine formelle Bedeutung habe, da die herrschende Ansicht unter der condictio incerti die condictio facere oportere verstehe. Einmal muß die Bezeichnung condictio incerti die Vorstellung einer condictio mit unbestimmter intentio hervorrufen, wie Kipp[14]) zutreffend bemerkt. Da nun die sog. condictio incerti keineswegs eine unbestimmte intentio gehabt hat, wie allgemein zugegeben wird[15]), so ist es

---

[1]) Paul. 65 § 7 D. 12, 6 (oben S. 257). Das dare heißt hier nicht „zum Eigentümer machen“ (G. IV 4), sondern hat die Bedeutung von praestare. — [2]) Vgl. oben S. $340^{6-8}$. — [3]) Vgl. oben S. 257. 258. — [4]) Pomp. 22 § 1 D. 12, 6 (oben S. 258). Vgl. Paul. 8 pr. D. 19, 1, Marcian 35 D. 8, 2. — [5]) Vgl. oben S. 258 fg. — [6]) Pomp. bei Ulp. 3 § 10 D. 35, 3 (oben S. 263). — [7]) Vgl. oben S. 262 fg. — [8]) Iul. 18 § 1 D. 39, 6 (oben S. 269), Marcell. bei Ulp. 8 § 2 D. 16, 1. — [9]) Vgl. oben S. 272. — [10]) Vgl. oben S. $281^5$. — [11]) Vgl. oben S. 273 fg. — [12]) Vgl. oben S. $17^2$. — [13]) Vgl. oben S. 193 fg. — [14]) v. condictio in Pauly-Wissowa, Realencyclop. 857, 9 fg. — [15]) Vgl. oben S. $17^2$.

besser, die Bezeichnung condictio incerti zu vermeiden. Es ist dies um so mehr gerechtfertigt, als die Zusätze incerti, incertum bei der condictio durchwegs interpoliert sind, wie gleichfalls allgemein anerkannt wird.[1]) Durch die Bezeichnung condictio incerti werden falsche Vorstellungen hervorgerufen, welche uns das Verständnis der condictio erschweren. Hierzu gehört z. B. die Vorstellung, als ob die condictio facere oportere aus der condictio certae rei hervorgegangen wäre[2]), während die condictio facere oportere vielmehr ein Gegenstück der condictio dare oportere ist. Die Bezeichnung condictio incerti stammt erst aus nachklassischer Zeit und verdankt ihre Entstehung einer falschen Auffassung davon, daß die Kondemnation der condictio facere oportere auf das „Interesse" des Klägers geht.[3])

Was die Frage betrifft, ob die Formel der condictio facere oportere im prätorischen Album proponiert war, so neigt die heute herrschende Ansicht dazu, die Frage zu verneinen.[4]) Wir stehn nicht an, dieser Auffassung uns anzuschließen. Die condictio facere oportere ist erst allmählich anerkannt worden und vor Aristo nicht bezeugt.[5]) Ulpian behandelt in seinem Ediktskommentar die condictio certae pecuniae (= actio certae creditae pecuniae) und die condictio certae rei in extenso im 26. und 27. Buche.[6]) Für die condictio facere oportere treffen wir im Ulpianischen Ediktskommentar eine solche sedes materiae nicht an. Die condictio possessionis wird teils im 38. Buche des Ediktskommentars[7]) abgehandelt, wo Ulpian von den Diebstahlsklagen spricht[8]), teils im 41. Buche des Kommentars zum Zivilrecht (ad Sabinum)[9]), wo er vom furtum spricht[10]), teils gelegent-

---

[1]) Vgl. oben S. 45[3–6]. — [2]) Namentlich Pernice hat sich hierdurch irreführen lassen. Vgl. oben S. 341[1–4]. — [3]) Vgl. oben S. 339[8, 9]. — [4]) Vgl. oben S. 16[5]. 87[2]. — [5]) Vgl. oben S. 80[1]. 181[3]. Ihrem Wesen nach geht die condictio auf dare oportere. Dies betont noch Theophilus, Paraphras. Inst. IV 6 § 15. Vgl. auch unten § 21. — [6]) Vgl. Lenel, Paling. Ulpian 755 fg. und Édit I 267[4, 5], auch oben S. 334[5]. 336[1]. — [7]) 12 § 2 D. 13, 1 (oben S. 181). — [8]) Vgl. Lenel, Paling. Ulpian 1055 fg. — [9]) 25 pr. § 1 D. 47, 2 (oben S. 183). — [10]) Vgl. Lenel, Paling. Ulpian 2861 fg.

lich bei der Besprechung anderer Materien.[1]) Die condictio impensarum erwähnt Ulpian in seinem Ediktskommentar überhaupt nicht, sondern erörtert sie im 36. Buche ad Sabinum[2]) bei Gelegenheit der Behandlung des Dotalrechtes.[3]) Die condictio cautionis dagegen erörtert Ulpian bei Behandlung der konkreten Fälle, in denen sie vorkommt.[4])

Die condictio obligationis außer der condictio cautionis behandelt Ulpian im 29. Buche seines Ediktskommentars [5]) bei Gelegenheit der Erörterung des Sc. Macedonianum und des Sc. Velleianum.[6]) Die condictio liberationis behandelt Ulpian einmal ganz allgemein.[7]) Wir haben offenbar die sedes materiae vor uns. Das letztere trifft zu, denn die Stelle ist dem 43. Buche ad Sabinum entnommen, wo in extenso die condictio behandelt wird.[8]) Es wird die condictio facere oportere neben verschiedenen Fällen der condictio dare oportere abgehandelt. Lesen wir im Zusammenhang das 43. Buch ad Sabinum unter Zusammenstellung der Fragmente, welche sich auf die condictio beziehn[8]), so gewinnen wir den Eindruck, als ob Ulpian gerade an dieser Stelle ausführlich von den verschiedenen Anwendungsfällen der condictio gehandelt habe. Ausführlich bespricht Ulpian die condictio ex transactione[9]), welche die römischen Juristen als besonderen Fall der con-

---

[1]) 2 D. 13, 3 (oben S. 184. Im 18. Buche ad Sabinum, wo vom Nießbrauch der Konsumtibilien und der cautio usufructuaria gesprochen wird. Vgl. Lenel, Paling. Ulpian 2589 fg.). — [2]) 5 § 2 D. 25, 1 (oben S. 245). — [3]) Vgl. Lenel, Paling. Ulpian 2803 fg. — [4]) 3 § 10 D. 35, 3 und 7 pr. D. 7, 9 (oben S. 263. 266. Im 79. Buche des Ediktskommentars, wo von Kautionen die Rede ist; vgl. Lenel, Paling. Ulpian 1710 fg.). 16 § 2 D. 4, 4 (oben S. 265. Im 11. Buche des Ediktskommentars, wo von der in integrum restitutio die Rede ist; vgl. Lenel, Paling. Ulpian 368 fg.). 5 § 1 D. 7, 5 (oben S. 266. Im 18 Buche ad Sabinum, vgl. oben Anm. 1). — [5]) 4 D. 12, 4 (oben S. 268. Die Florentina gibt das 39. Buch an, was Lenel, Paling. Ulpian 882[3] mit Recht für einen Schreibfehler hält. Die Stelle hängt eng zusammen mit 8 § 8 D. 16, 1, wo das 29. Buch inskribiert ist). 8 §§ 3. 8 D. 16, 1 (oben S. 279. 268). — [6]) Lenel, Paling. Ulpian 872 fg. — [7]) 1 D. 12, 7. — [8]) Vgl. Lenel, Paling. Ulpian 2897 fg. — [9]) 23 D. 12, 6 (Lenel a. a. O. 2897).

dictio betrachtet zu haben scheinen.[1]) Hieran scheint sich bei Ulpian die ausführliche Behandlung der anderen Kondiktionsfälle angeschlossen zu haben. Die Kompilatoren, welche schon aus dem Ulpianischen Ediktskommentar die meisten Kondiktionsfälle übernommen hatten, haben daher in dem Sabinuskommentar Ulpians diese Kondiktionsfälle übergangen. Daß Ulpian in unserem 43. Buche ad Sabinum von mehreren Kondiktionsfällen gehandelt hat, dafür spricht seine Ausdrucksweise bei der Erörterung der condictio liberationis (Est et haec species condictionis, si quis sine causa promiserit vel si solverit quis indebitum)[2]), welche vielleicht von den Kompilatoren noch gekürzt worden ist. Damit, daß Ulpian in seinem Sabinuskommentar ausführlich die Kondiktionsfälle behandelt habe, paßt sehr gut zusammen, daß sowohl Pomponius[3]) wie Paulus[4]) in ihren Sabinuskommentaren ausführlich und allgemein die Kondiktionsfälle behandeln, worauf Lenel[5]) mit Recht aufmerksam macht. Die Einzelanwendungen der condictio liberationis erwähnt Ulpian an verschiedenen Stellen bei Gelegenheit der Erörterung von Materien, bei denen am passendsten die condictio liberationis ihren Platz fand.[6]) Aus alledem dürfen wir wohl schließen, daß im prätorischen Album die condictio facere oportere nicht proponiert war. Dagegen beweisen die zahlreichen Äußerungen über die einzelnen Anwendungsfälle der condictio facere oportere[7]), daß in der Praxis die spezialisierten Formeln im Umlaufe waren.

Die Formeln im Edikte zu proponieren, war vielleicht auch deswegen nicht notwendig, weil es wohl sehr

---

[1]) Paul. 65 pr. D. 12, 6. Vgl. oben Bd. I 64[1]. — [2]) 1 D. 12, 7. — [3]) Lenel, Paling. Pomponius 684 fg. (Buch 21. 22). — [4]) Lenel, Paling. Paulus 1817 fg. (Buch 10). — [5]) Paling. Ulpian 2897[4]. Vgl. auch Lenel, Paling. II S. 1258, XVII. — [6]) 24 D. 12, 6 (oben S. 278. Im 46. Buche ad Sabinum bei Gelegenheit der verborum obligationes; vgl. Lenel, Paling. Ulpian 2925 fg. 31 D. 12, 6 (oben S. 279. Im 1. Buche opinionum bei Gelegenheit von Erörterungen de officio praetoris et praesidis; vgl. Lenel, Paling. Ulpian 2296 fg.). 1 pr. D. 36, 4 (oben S. 279. Im 52. Buche des Ediktskommentars während der Erörterung über die Legate; vgl. Lenel, Paling. Ulpian 1252). — [7]) Vgl. oben S. 341 fg.

häufig war, daß im arbitrium in iure, in welchem der Gegenstand der condictio festgestellt wurde, sofort die Schätzung in Geld stattfand, worauf dann die condictio auf certa pecunia gerichtet wurde.[1] Vielleicht erklärt sich damit, wie die Scholiasten dazu kamen, der condictio certae pecuniae eine besondere Bedeutung beizumessen und diese als den Urtypus der condictio hinzustellen, sowie für die condictio certae pecuniae die Bezeichnung condictio certi zu reservieren.[2]

Auf jeden Fall möchten wir uns mit Entschiedenheit dagegen aussprechen, als ob im prätorischen Album an der Stelle von der Formel der condictio facere die Rede gewesen sei, wo u. a. auch die actio incerti proponiert war.[3] Die condictio facere oportere hat mit dem incertum nichts zu tun: der Zusatz incertum ist erst in nachklassischer Zeit entstanden, wofür wir eine Erklärung zu geben versucht haben.[4] Wenn also eine Formel für die condictio facere oportere im prätorischen Album proponiert war, was wir freilich nicht annehmen, so wäre ihr Platz hinter den Formeln der condictiones certae pecuniae und certae rei. Die Formel der condictio facere oportere würde auf die Formel der condictio dare oportere folgen müssen.

Die Formel der condictio, wie sie von uns festgestellt ist und auch von der herrschenden Ansicht heute angenommen wird, ist also durchaus vereinbar mit unserer Auffassung, wonach prozessualisch der Gegenstand der condictio durch ein arbitrium in iure festgestellt wird. Nach der

---

[1]) Vgl. oben S. 207. 208. 271[1. 2]. — [2]) Vgl. oben S. 56[1]. 57[1]. Daß bei den Scholiasten es üblich sein mußte, die condictio facere oportere vermittelst der Geldschätzung schon vor Erhebung der Klage (nämlich durch Selbstschätzung seitens des Klägers, vgl. oben S. 291 fg.) in eine condictio certae pecuniae umzuwandeln, beweist der Anfang der oben S. 58. 59 angegebenen Scholie des Stephanus. Vgl. noch oben S. 58[1]. 61[5. 6]. 297. — [3]) Noch Lenel, Édit I 176 macht an dieser Stelle (vgl. S. 171 und dazu oben S. 91) seine Erörterungen über die condictio facere oportere (sog. condictio incerti), wenn er auch zu dem Resultate kommt, daß eine Formel für diesen Anwendungsfall der condictio im Album nicht proponiert war. — [4]) Vgl. oben S. 339[8. 9].

Feststellung des Gegenstandes wird die condictio in abstrakter Weise auf den spezialisierten Gegenstand zur Litiskontestation gestellt.

## § 19.

## Die sponsio tertiae partis und der Zwangseid.

Es erübrigt uns noch zu untersuchen, ob die sponsio tertiae partis und der Zwangseid, welche bei der condictio erwähnt werden, vereinbar sind mit unserer Auffassung, wonach prozessualisch der Gegenstand der condictio in einem arbitrium in iure festgestellt wurde.

I. Da es uns auf ein Gesamtbild der condictio im klassischen Rechte ankommt, so liegt es außer dem Bereiche unserer Untersuchungen, auf die ältesten Zeiten zurückzugehn, um womöglich den Anfang der Rechtssätze zu finden. Hätten wir aus den ältesten Zeiten sicheres Material, so würde natürlich eine solche Untersuchung notwendig sein, da dadurch zugleich der Boden für die spätere Entwickelung gewonnen würde. Da aber das Material aus den ältesten Zeiten so spärlich fließt, daß wir nur mehr oder minder begründete Hypothesen darüber aufstellen können, so ist es wohl gerechtfertigt, wenn wir auf dies Material nicht besonders eingehn, sondern uns strikte an unsere Aufgabe halten, das Wirken der condictio im klassischen Rechte darzustellen. Werden doch auch umgekehrt manche Fragen aus der ältesten Zeit sich erst durch einen Rückschluß seitens der condictio der klassischen Zeit entscheiden lassen.[1]) Wir dürfen auch weiter wohl die Hoffnung hegen, daß für die älteste Zeit die Rechtsvergleichung manches Erfreuliche noch zutage fördern werde.[2]) Daher unterlassen wir es auch, auf die Frage einzugehn, welche Rolle die sponsio tertiae partis im ältesten römischen Prozeß gespielt hat. Daß die sponsio tertiae

---

[1]) Vgl. auch v. Keller-Wach, Röm. Zivilprozeß [6] 94 [244]. — [2]) Vgl. Jobbé-Duval, Études sur l'histoire de la procédure civile chez les Romains I, La procédure par le pari (Agere per sponsionem). Paris 1896, Préface p. V [2], aber auch die berechtigten Bemerkungen von H. Krüger. Grünhuts Zeitschrift 26 (1898) 251 fg.

partis mit dem alten Sponsionsverfahren zusammenhängt, wird sich kaum leugnen lassen.[1]) In welchen Fällen die sponsio tertiae partis in diesem ältesten Sponsionsverfahren vorkam, darüber wissen wir zurzeit nichts einigermaßen Sicheres zu melden. Dagegen ist wohl begründet die Behauptung, daß im ältesten Prozeß die sponsio tertiae partis einen präjudiziellen Charakter hatte, so daß mit der Entscheidung über die sponsio auch der Hauptprozeß entschieden wurde, und eine Aktionserteilung über den Hauptprozeß nicht stattfand.[2]) Desgleichen müssen wir annehmen, daß in dem Sponsionsverfahren natürlich die sponsio tertiae partis stattfinden mußte und nicht bloß fakultativ war.[3])

Für das klassische Recht wird uns unzweideutig be-

---

[1]) Vgl. darüber die eingehenden Ausführungen bei Jobbé-Duval a. a. O. 47 fg., der aber wohl zu Unrecht (S. 48 [1]) gegen Matthiass, Schiedsgericht 18 den ursprünglich sakralen Charakter des Sponsionsverfahrens bestreitet. Nicht zustimmen können wir Jobbé-Duval a. a. O. 180 fg., daß die sponsio tertiae partis selbst nach ihrer Übernahme in die legis actio per condictionem den präjudiziellen Charakter bewahrt habe. Vgl. unten S. 350 [4]. — [2]) Vgl. darüber v. B.-Hollweg, Zivilprozeß I 153 [19], v. Keller-Wach, Röm. Civilpr. [6] 94 [245] (oben S. 329 [3]), Jobbé-Duval a. a. O. 50 fg., Karlowa, Röm. Rechtsg. II 595. 596. Dem letzteren Verfasser können wir aber nicht darin beistimmen, als ob noch bei Cicero pro Q. Roscio und in der Lex Rubria c. XXI der sponsio tertiae partis der präjudizielle Charakter zukomme, was auch Kappeyne v. d. Coppello, Abhandlungen z. röm. Staats- u. Privatrecht I (übersetzt 1885) 203 fg. behauptet. Bei Cicero pro Q. Roscio c. 4 § 12 ist von der sponsio die Rede, wo die Erörterung über die von Fannius angestellte actio certae creditae pecuniae schon begonnen hat (vgl. oben S. 324 [5]). In der Lex Rubria c. XXI heißt es aber ausdrücklich, daß der auf certa credita pecunia Beklagte sich „sponsione iudicioque" zu verteidigen habe. Unter dem iudicioque ist doch wohl das iudicium über den Hauptprozeß und nicht das iudicium über die sponsio zu verstehn; andernfalls wäre das iudicioque überflüssig. Das c. XXI handelt ja von dem iudicium de pecunia certa credita. Vgl. zutreffend Pflüger, Ciceros Rede pro Q. Roscio (1904) 11 fg. Die sponsio wirkt also sowohl bei Cicero wie in der Lex Rubria nicht präjudiziell, sondern pönal. — [3]) Zustimmend Pfersche, Bereicherungsklagen 24 [3], Jobbé-Duval a. a. O. 176 fg., Karlowa, Röm. Rechtsg. II 596 [2].

richtet, daß die sponsio tertiae partis bei der actio certae creditae pecuniae vorkam.

G. IV 171 ex quibusdam causis sponsionem facere permittitur, velut de pecunia certa credita et pecunia constituta, sed certae quidem creditae pecuniae tertiae partis, constitutae vero pecuniae[1]) partis dimidiae.

G. IV 13 periculosa est actio certae creditae pecuniae propter sponsionem, qua periclitatur reus, si temere neget, et restipulationem, qua periclitatur actor, si non debitum petat — ut nunc sponsionis et restipulationis poena lucro cedit adversario, qui vicerit.[2])

Man streitet in der Literatur darüber, ob die sponsio tertiae partis auch bei der condictio certae rei galt.[3]) Dafür scheint uns vor allem der einheitliche Charakter der condictio zu sprechen.[4]) Gaius IV 33 führt schlechtweg neben der condictio certae pecuniae die condictio certae rei an, so daß wir wohl keinen Grund haben, eine ver-

---

[1]) Über das Verhältnis dieser sponsio partis dimidiae zur sponsio tertiae partis bei der actio certae creditae pecuniae vgl. Jobbé-Duval a. a. O. 186 fg. — [2]) Auch sonst ist die sponsio tertiae partis für die actio certae creditae pecuniae bezeugt. Vgl. Cicero pro Q. Roscio c. 4 §§ 10. 12, c. 5 § 14, Lex Rubria c. XXI. Ob Ulp. 41 D. 50, 17 hierher gehört (Lenel, Édit I 275), läßt sich nicht entscheiden. Über die Formel der sponsio tertiae partis vgl. Kappeyne v. d. Coppello, Abhandlungen I (übersetzt 1885) 202 fg., Wlassak, Über die sponsio tertiae partis, Z. d. S.St. IX 382 fg., Karlowa, Röm. Rechtsgesch. II 595[2], Lenel, Édit I 274 fg. — [3]) Dafür haben sich ausgesprochen Wieding, Justinian. Libellprozeß 648 fg., Pfersche, Bereicherungsklagen 25, Jobbé-Duval a. a. O. 202 fg., v. Mayr, Condictio 29[1—4]. 30 (der freilich darauf die Identität von condictio certae rei und actio certae creditae pecuniae stützen wollte, vgl. oben S. 50[2], und daher jetzt, Condictio incerti in Z. d. S. St. XXIV 276 unten, sich gegen die sponsio t. p. bei der condictio certae rei erklärt). Dagegen Rudorff, Röm. Rechtsg. II 142, Bekker, Aktionen I 260[17] (worüber zutreffend v. Mayr, Condictio 30), v. Keller-Wach, Röm. Zivilpr. [6] 95[245a], Baron, Condictionen 156. 202, Pernice, Labeo III 227 oben, Kipp, v. condictio in Pauly-Wissowa, Realencyclop. 849, 63, Girard, Droit romain [4] 491, Karlowa, Röm. Rechtsg. II 596 (wohl in Konsequenz davon, daß Karlowa die condictio certae pecuniae für eine von der actio certae creditae pecuniae verschiedene Klage hält. Vgl. auch Stintzing, Beiträge z. röm. Rechtsgeschichte (1901) 40 fg. und oben S. 40 fg.). — [4]) Vgl. oben S. 290.

schiedene prozessualische Behandlung der condictio anzunehmen, je nachdem es sich um certa pecunia oder um certa res handelt.

Wir dürfen daher wohl aus allem, was wir von dem Sponsionsverfahren wissen [1]), schließen, daß die sponsio tertiae partis sowohl von der lex Silia wie von der lex Calpurnia aus dem alten Sponsionsverfahren übernommen worden ist. [2]) Vielleicht haben wir gerade in der sponsio tertiae partis das spezifisch-römische Element vor uns, während das Kondiktionenverfahren aus dem Peregrinenrecht in das ius civile übernommen wurde. [3]) Jedoch möchten wir vermuten, daß insofern die lex Silia auf die sponsio einen Einfluß geübt hat, als durch die Aufnahme in das Kondiktionenverfahren der Charakter der sponsio sich änderte: während die sponsio vorher präjudiziell war, ist sie im Kondiktionenverfahren pönal. [4])

Dagegen haben wir keinen Anhalt in den Quellen für die Entscheidung der Frage, ob die sponsio tertiae partis auch bei der condictio facere oportere (der sog. condictio incerti) zur Anwendung kam. Erwägen wir, daß die condictio facere oportere nur allmählich und erst verhältnismäßig spät (nicht vor Aristo) sich die Anerkennung erkämpft hat [5]); erwägen wir weiter, daß dem Wesen der condictio die condictio dare oportere entspricht [6]), so dürfen wir wohl die Ansicht aussprechen, daß bei der

---

[1]) Vgl. oben S. 348. — [2]) Gegen die Auffassung, als ob die sponsio tertiae partis erst durch die lex Silia eingeführt worden sei (v. Savigny, System V 611, v. Keller-Wach, Röm. Zivilpr. [6] § 18 S. 94, Bekker, Aktionen I 260 [17], Jobbé-Duval a. a. O. 166fg. 172 [2], weitere Literatur bei v. Mayr, Condictio incerti, Z. d. S.St. XXIV 263 [1]) hat sich mit Recht ausgesprochen Baron, Condictionen 186 [2]. 187. Desgleichen ist zu verwerfen die Ansicht, als ob die sponsio tertiae partis durch ein späteres Gesetz aus der Zeit zwischen lex Silia und lex Aebutia eingeführt worden sei; vgl. zutreffend Jobbé-Duval a. a. O. 175 fg. Pernice, Labeo III 226 [4]. 228 oben, trägt Bedenken, ob die sponsio tertiae partis dem Legisaktionenverfahren schon bekannt war, und will sie lieber erst im Formularverfahren entstehn lassen, ohne aber eine „gesetzliche" Einführung derselben anzunehmen. — [3]) Vgl. oben S. 315 [1—3]. — [4]) Vgl. oben S. 348 [1. 2] und unten S. 351 [3. 4]. — [5]) Vgl. oben S. 181 [2. 3]. — [6]) Vgl. oben S. 332 [4].

condictio facere oportere die sponsio tertiae partis nicht zur Anwendung kam.[1]) Ein großes Bedürfnis dazu war nicht vorhanden, da die condictio facere oportere mit Leichtigkeit in eine condictio certae pecuniae umgewandelt werden konnte, indem im arbitrium in iure sofort die Geldschätzung des festgestellten Gegenstandes der condictio vorgenommen werden durfte.[2])

Was nun den Charakter der sponsio tertiae partis im klassischen Rechte betrifft, so folgt wohl ganz unzweideutig aus unseren Quellen, daß derselbe lediglich ein pönaler ist.[3]) Gaius[4]) spricht ausdrücklich von der poena sponsionis et restipulationis.

Es lag wohl im Belieben des Klägers, die sponsio vom Beklagten zu verlangen, und im Belieben des Beklagten, den Kläger mit der restipulatio anzugehn. Die sponsio war also fakultativ.[5]) Forderte aber der Kläger die sponsio vom Beklagten, so durfte sie dieser nicht verweigern, ebensowenig wie der Kläger trotz Verlangens des Beklagten die restipulatio verweigern durfte.[6]) Der Prätor hatte genügende Mittel zur Verfügung, auf die Parteien den Zwang auszuüben.[7])

Die sponsio tertiae partis bei der condictio läßt sich somit sehr gut mit unserer Auffassung vereinigen, wonach der Gegenstand der condictio in einem arbitrium

---

[1]) Die sponsio t. p. bei der sog. condictio incerti ist denn auch bis jetzt noch von niemandem behauptet worden. — [2]) Vgl. oben S. 208. 209. — [3]) Zustimmend Karlowa, Legisaktionen 233 und Röm. Rechtsg. II 596 unten (vgl. oben S. 348[1, 2]), Pernice, Labeo III 227[1, 4], H. Krüger, Grünhuts Zeitschrift 26 (1898) 250. 252, Lenel, Édit I 275, 3 a. E., Pflüger, Ciceros Rede pro Q. Roscio (1904) 10 fg. Über die entgegengesetzte Auffassung von Jobbé-Duval vgl. oben S. 348[1, 2]. — [4]) IV 13 (oben S. 349). 180. 181. — [5]) G. IV 171 sponsionem facere permittitur. Zustimmend Baron, Condictionen 188, Wlassak, Röm. Prozeßgesetze I 108. 109, Mitteis, Condictio generalis, Jherings Jahrb. 39, 158[1], Karlowa, Röm. Rechtsg. II 596 unten, Kipp, v. condictio in Pauly-Wissowa, Realencyclop. 849, 64. Dagegen Jobbé-Duval a. a. O. 176 fg., der aber 178[1] wohl G. IV 171 nicht entkräftet hat. Auch in der Lex Rubria c. XXI heißt es „utei oportebit". — [6]) Vgl. Ulp. 41 pr. D. 50, 17. Zustimmend Baron, Condictionen 183, Girard, Droit romain [4] 491[3]. — [7]) Vgl. oben S. 314[3] fg.

in iure festgestellt wurde. Nachdem im arbitrium der Gegenstand der condictio festgestellt war, ging die Sache in das Verfahren in iure zurück, und nun erfolgte sofort die sponsio tertiae partis. Damit gewinnt die sponsio eine praktische Bedeutung. Der Beklagte weiß jetzt genau, was der Kläger als „Bereicherung" von ihm fordert. Zögert noch jetzt der Beklagte mit der Leistung, so ist es gerechtfertigt, daß er im Falle des Unterliegens im Kondiktionenprozesse nunmehr außer der Leistung der Hauptverpflichtung noch einer Strafe in Höhe von $1/3$[1]) des Wertes des Streitgegenstandes verfällt.[2]) Anderseits hat aber auch der Beklagte das Recht, mit der restipulatio dem Kläger die Verpflichtung zu derselben Strafzahlung aufzuerlegen.[3]) Daß die sponsio tertiae partis nach Schluß des arbitrium in iure, durch welches der Gegenstand der condictio festgestellt wurde, vor sich ging, dafür haben wir vielleicht eine ausdrückliche Stütze in

> Cicero pro Q. Roscio c. 4 § 12 eidem et infinitam largitionem remittebas et eumdem in angustissimam formulam sponsionis concludebas?

Cicero hat sein Spiel mit dem Gegensatz zwischen iudicium und arbitrium aufgenommen.[4]) In der obigen Stelle spricht Cicero von der sponsio offenbar im Gegensatz zum arbitrium. Daraus dürfen wir wohl schließen, daß die sponsio erst nach dem Entscheide des arbitrium vor sich ging.[5]) Erfolgte die Verurteilung des Beklagten in der Hauptsache, so sprach derselbe kondemnierende Richter auch die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung der Strafsumme aus; und ebenso zog die Lossprechung des Beklagten

---

[1]) Daß die sponsio auf $1/3$ des Wertes des Streitgegenstandes ging, ist unzweifelhaft. Vgl. Lenel, Édit I 275[4]. — [2]) Der Beklagte verfällt somit nicht der Strafsumme, wenn er nach Schluß des arbitrium zahlt. Vgl. zutreffend Karlowa, Legisaktionen 234[1]. — [3]) Es folgt dies daraus, daß wiederholt von der sponsio et restipulatio gesprochen wird. Vgl. G. IV 13. 180. 181. — [4]) Vgl. oben S. 325. 326, auch Pflüger, Ciceros Rede pro Q. Roscio 9. — [5]) Karlowa, Legisaktionen 233. 234 nimmt wohl mit Recht an, daß auch bei der legis actio per condictionem die sponsio tertiae partis erst nach Ablauf der 30 Tage, also im zweiten Termine in iure stattfand. A. M. Wieding, Justin. Libellprozeß 652 fg.

in der Hauptsache, dessen Liberierung von der Zahlung zur Strafsumme nach sich.[1])

II. Über den Zwangseid bei der condictio haben wir nicht viel zu sagen.[2]) Der Kläger kann von dem Beklagten verlangen, daß dieser in iure[3]) schwöre, dem Kläger nicht zu schulden.[4]) Der Beklagte hat entweder zu schwören oder den Eid dem Kläger zurückzuschieben.[5]) Schwört der Beklagte den Eid[6]), so ist der Prozeß zugunsten des Beklagten entschieden.[7]) Mißbräuchliche Eidesleistung wird kriminell gestraft.[8]) Vielleicht gewährte der Prätor gegen den falsch Schwörenden auch die actio doli.[9])

Während eine ältere Meinung der Auffassung huldigte, daß der Zwangseid bei allen Klagen zulässig war[10]), nimmt die heute herrschende Ansicht mit Recht an, daß der Zwangseid der condictio certae pecuniae und der condictio certae rei eigentümlich war.[11]) Nur noch auf

---

[1]) Vgl. zustimmend Pflüger, Ciceros Rede pro Q. Roscio 10. — [2]) Vgl. Demelius, Schiedseid und Beweiseid (1887) 3 fg., Wlassak, v. abiuratio in Pauly-Wissowa, Realencyclop. 102, 7 fg., Jobbé-Duval a. a. O. 133 fg., Kipp, v. condictio in Pauly-Wissowa, Realencyclop. 850, 3 fg., Lenel, Édit I 271 fg. — [3]) Ulp. 34 § 3 D. 12, 2. Vgl. Jobbé-Duval a. a. O. 147 fg. — [4]) Ulp. 34 § 6 D. 12, 2 Ait praetor: 'eum, a quo iusiurandum petetur, solvere aut iurare cogam', Paul. Sent. II 1 §§ 1. 2, c. 9 C. 4, 1 a. 294. — [5]) Ulp. 34 §§ 7. 8 D. 12, 2. Zustimmend Wlassak a. a. O. 102, 14, Kipp a. a. O. 850, 5, Lenel, Édit I 272[3]. — [6]) Die eidliche Ableugnung der Schuld durch den Beklagten heißt abiuratio. Vgl. v. B.-Hollweg, Zivilpr. I 153[16. 17], Wlassak a. a. O. 102, 18 fg. — [7]) Ulp. 34 § 9 D. 12, 2. Vgl. auch Wlassak a. a. O. 102, 23 fg. und unten S. 355. — [8]) Ulp. 21, Paul. 22 D. 4, 3. Vgl. Wlassak a. a. O. 102, 29 fg. Die absichtlich falsche eidliche Ableugnung heißt peierare', Ulp. 18 D. 12, 2. — [9]) Labeo bei Ulp. 21 D. 4, 3. Vgl. Wlassak a. a. O. 102, 35 fg. — [10]) Zimmern, Gesch. d. röm. Privatr. III (1829, d. röm. Zivilpr.) 384[5], v. B.-Hollweg, Zivilprozeß II 576[21. 22] (wobei freilich angenommen wird, daß der Zwangseid ursprünglich nur bei der condictio zulässig war, und erst später die Zulässigkeit auf alle anderen Klagen ausgedehnt wurde). Vgl. darüber Demelius a. a. O. 9 fg. — [11]) Demelius a. a. O. 4. 21. 37 fg., Gradenwitz, Z. d. S.St. VIII 275, Pernice, Labeo III 227[3], Wlassak a. a. O. 102, 7 fg. und Röm. Prozeßges. I 109[14], Jobbé-Duval a. a. O. 139 fg., Kipp a. a. O. 850, 7 fg., Lenel, Édit I 271[5]. 272[1], Girard, Droit romain [4] 999[1]. Karlowa, Röm. Rechtsgesch. II 596. 597 nimmt an, daß der Zwangseid nur bei der actio certae

vereinzelte andere Fälle wurde der Zwangseid ausgedehnt.[1]) Bei der condictio facere oportere scheint der Zwangseid nicht zulässig gewesen zu sein, da in der Regel der Zwangseid des Beklagten sich gegen das dare oportere richtet.[2])

Während weiter man vielfach annahm, daß der Zwangseid für die condictio certae pecuniae und certae rei durch die lex Silia und die lex Calpurnia eingeführt wurde[3]), muß heute als erwiesen betrachtet werden, daß der Zwangseid erst durch das prätorische Edikt eingeführt wurde.[4])

Zu unserer Auffassung, wonach der Gegenstand der condictio durch arbitrium in iure festgestellt wurde, steht der Zwangseid nicht im Widerspruch. Im Gegenteil, durch den Zwangseid scheint das Bestreben zum Abschluß gekommen zu sein, die condictio zu einer „schleunigen" Klage zu machen.[5]) War der Gegenstand der Klage schon in iure in ganz bestimmter Weise festgestellt, so konnte der iudex zu dem schlichten Ja oder Nein schneller bereit sein, als in den Fällen, wo in iudicio erst der Umfang des kläge-

---

creditae pecuniae, nicht aber bei der condictio certae pecuniae vorkam. Vgl. darüber oben S. 43[4]. Dagegen meint umgekehrt Stintzing, Beiträge z. Röm. Rg. (1901) 43[1] fg., daß der Zwangseid nur bei der condictio, nicht aber bei der actio certae creditae pecuniae zulässig sei, da Zwangseid und sponsio tertiae partis sich ausschließen, die letztere aber für die actio c. c. p. sicher sei. Vgl. dagegen zutreffend v. Mayr, Condictio incerti, Z. d. S. St. XXIV 264[4] fg., auch oben S. 43 fg.

[1]) Demelius a. a. O. 58 fg., Gradenwitz, Z. d. S. St. VIII 272, Kipp a. a. O. 850, 9, Lenel, Édit II 28[1]. — [2]) Ulp. 23. 25 D. 12. 2. So auch Demelius a. a. O. 4. Vgl. aber Ulp. 34 pr. D. 12, 2 etiam de operis iusiurandum deferri potest, und dazu oben S. 252 sowie Demelius a. a. O. 41. 42. — [3]) Rudorff, Röm. Rechtsgesch. II 83[5]. 84, v. B.-Hollweg, Zivilpr. I 152[12], II 575[14. 15], v. Keller-Wach, Röm. Zivilpr. [6] 96[247a], auch Demelius a. a. O. 73[4] und Karlowa, Röm. Rechtsgesch. II 597[2]. Andere Autoren nehmen an, daß schon vor dem prätorischen Edikt der Zwangseid allgemein zulässig war, ohne aber in der lex Silia den Ursprung des Zwangseides zu suchen. Vgl. Zimmern a. a. O. III 384[3]. — [4]) Ulp. 34 § 6 (oben S. 353[4]). Vgl. Wlassak a. a. O. 102, 41 fg. und Röm. Prozeßgesetze II 347—353. — [5]) Zustimmend Demelius a. a. O. 72 fg. Dagegen Jobbé-Duval a. a. O. 152 fg.

rischen Anspruches fixiert werden mußte. Gerade aber mit Rücksicht auf die Fixierung des Gegenstandes der Klage schon in iure, mußte der Zwangseid sich empfehlen. Da der Kläger den fixierten Gegenstand beanspruchte, weil der Beklagte denselben entgegen der bona fides zurückbehielt[1]), so durfte der Kläger an die Überzeugung des Beklagten selbst appellieren und die Berechtigung seines Anspruches dessen Gewissen anheimstellen[2]), was der Beklagte durch den Eid zu entscheiden hatte. Mit diesem Bestreben aus der condictio eine „schleunige" Klage zu machen, hängt es vielleicht zusammen, daß bei der condictio certae pecuniae die verweigerte defensio die sofortige Exekution nach sich gezogen zu haben scheint.[3]) Mit der sponsio tertiae partis konnte aber der Zwangseid nicht kollidieren, da beide Prozeßmittel nicht miteinander zusammentrafen, sondern nur entweder das eine oder das andere zur Anwendung kam.[4])

---

[1]) Gaius 6 D. 24, 1. Vgl. oben Bd. I 22 unten. — [2]) Vgl. Zimmern a. a. O. III 386[14]. — [3]) L. Rubria c. XXI. Vgl. v. B.-Hollweg, Zivilprozeß II 581[66], Jobbé-Duval a. a. O. 148 fg., Kipp a. a. O. 850, 13, Lenel, Édit I 273[2]. — [4]) Vgl. v. Mayr, Condictio 29[2] und Condictio incerti, Z. d. S.St. XXIV 264[6]—266[3].

# Quellenregister zum zweiten Bande.

Die größeren arabischen Zahlen verweisen auf die Seiten,
die kleineren auf die Anmerkungen.


**1. Lex XII tabularum.**
III, 1 : 77[3].

**2. Lex [Acilia] Repetundarum.**
Z. 2 : 319[2].
4 : 319[2].
5 : 319[2].
6 : 319[2].
26 : 319[2].
41 : 319[3].
42 : 318[3].
54 : 318[2].
55 : 318[3].
56 : 318[4].
58 : 318[5.7], 319[2].
60 : 318[6].
61 : 318[6].

**3. Cicero,** Pro Q. Roscio comoedo.
c. 1—3 §§ 1—9 : 325[3].
c. 3 § 9 : 325[4].
c. 4 : 130[7].
c. 4 § 10 : 8, 51[2], 325[1.5], 329[1], 334[2], 349[2].
§ 11 : 325[5], 332[5].
§ 12 : 323[5], 325[6], 326[2], 328[6.9], 348[2], 352.
§ 13 : 51[2], 326[1].
c. 5 § 14 : 130[8], 326[3], 329[1].
c. 6 § 16 : 5[13], 325[2], 327[1], 329[2].
c. 9 § 25 : 326[2], 327, 327[4], 328[1—3].
§ 26 : 328[4.7.8.11].
c. 10 § 27 : 323[2].
§ 28 : 323[2].
§ 29 : 323[2].
§ 31 : 323[2].
c. 11 § 32 : 323[3.6.7].
c. 12 § 33 : 324[2].
§ 34 : 324[4].
§ 35 : 324[6].
§ 36 : 324[6].
c. 13 § 37 : 323[6.7], 324[6], 327[5].
§ 38 : 323[4.7], 324[1.6].
§ 39 : 324[6.7].
c. 14 § 40 : 324[6.7].
§ 41 : 324[7].
§ 42 : 324[8].
§ 43 : 324[8].
c. 16 § 48 : 324[6.7].
§ 49 : 324[6.7].
c. 17 § 51 : 323[7], 324[6].
§ 52 : 324[6].
c. 18 § 53 : 323[6], 324[6].
§ 54 : 323[6], 324[6].
§ 55 : 324[6], 325[2], 327[1], 329[2].
§ 56 : 323[6], 324[6.9].

Divin. in Q. Caecilium.
c. 5 §§ 17. 18 : 319[3.6].

In Verrem.
I c. 13 § 38 : 318[4].

**4. Lex Rubria de Gallia Cis.**
c. XX : 91, 92.
c. XXI : 51[2], 333[6], 348[2], 351[5], 355[3].

**5. Probus,** Notae 4, 1 : 41[3].
**6. Seneca,** De beneficiis.
III c. 7 § 1 : 42[3], 51[2].
§ 5 : 9.
De clementia.
II c. 7 § 3 : 9[2].
**7. Quintilian,** Instit. orat.
IV 2 § 6 : 39, 42[3], 51.
§ 61 : 51[2].
VIII 3 § 14 : 51[2].
XII 10 § 70 : 51[2].
**8. Festus,** v. vindiciae : 329[5].
**9. Gellius,** Noctes Atticae.
XI 18 § 13 : 183[6], 185[1].
XIV 2 § 4 : 130[8].
§ 7 : 130[8].
**10. Gaius, Institutionen.**
I 52 : 104[3].
II 51 : 183[6], 186[3].
79 : 74[3], 304[4], 314[5].
86 : 104[3].
213 : 95, 95[6].
254 : 176[6], 177[2].
283 : 149.
III 91 : 34[4], 36[3], 332, 333[7].
124 : 50[3], 172[3].
132 : 104[4]. 315[2].
163 : 104[3].
IV 4 : 84, 151[4], 182[3.5.7], 183[1.2], 186[1], 195[6], 261[4], 303[2], 304[4], 332[5], 342[1].
5 : 127[4], 288, 303[5], 308[3], 330[5], 332[5], 337[4].
9 : 149[2], 207[4].
13 : 42[3], 44, 349, 351[4], 352[3].
18 : 40, 42[2], 314[1], 332[5].
19 : 40, 41[1], 50[5], 51, 315[1], 317[4].
20 : 40, 41[1.3], 42, 319[5], 332[5].
32 : 14[1].
33 : 14, 23[5], 27, 42[3], 43[1], 44, 47, 50, 51, 74[6], 151[3], 152[4], 198, 208, 216, 217, 332, 333[3], 334[7], 340, 349.
41 : 17[1], 193[2], 334[1].
49 : 9[1], 43, 51[3], 65[1].
50 : 9[1], 17[1], 42[3], 43, 51[3], 65[1], 193[2], 194[1], 212[3], 334[1], 335[7].
51 : 17[1], 23[4], 65[1], 91, 98[2], 193[2], 194[1], 335[7].
52 : 9[1], 17[1].
53 : 17[1].
54 : 89, 91[2], 298[3].
66 : 159[4].
68 : 329[7].
86 : 334[1.3].
112 : 314[5].
131 : 17[1], 65[1], 90, 98[2], 193[2].
131[a] : 65[1], 91[2].
136 : 17[1.7], 51[5], 90, 93[4], 98[2], 193[2].
137 : 17[1.7], 90[1], 91[4], 193[2].
171 : 42[3], 333[6], 349, 351[5].
180 : 351[4], 352[3].
181 : 351[4], 352[3].
**11. Paulus, Libri V Sentent.**
II 31 § 13 : 15.
§ 28 : 50[4].
III 6 § 13 : 95[6].
§ 92 : 225[1].
IV 1 § 7 : 207[4].
3 § 4 : 178[1].
V 6 § 10 : 189[4].
**12. Ulpianus, Liber sing. reg.**
XIX, 12 : 146[4].
13 : 146[4].
inf. §§ 1. 2 : 289[3].
**13. Collat. leg. Mosaic. et Rom.**
II 6 § 1 Paul. : 78.
§ 2 Paul. : 78.
§ 3 Paul. : 78.
§ 4 Paul. : 78[1].
§ 5 Paul. : 78[1].
**14. Vaticana fragmenta.**
120 Jul., Ulp. : 246[1].
**15. Digesta Iustiniani.**
**2, 5 Si quis in ius vocatus.**
3 Cels., Ulp. : 93, 287[3].
**2, 8 Qui satisdare cogantur.**
8 § 4 Paul. : 165.

**2, 12 De feriis et dilat.**
2 Ulp. : 78[1].
**2, 14 De pactis.**
4 §§ 1. 2 Paul. : 280[5].
7 § 2 : Aristo, Cels., Jul., Ulp. : 93[3].
**2, 15 De transactionibus.**
8 § 22 Ulp. : 224[1].
**3, 3 De procurat. et defens.**
15 pr. Ulp. : 126.
**3, 5 De negotiis gestis.**
44 § 2 Ulp. : 224[1].
48 Afric. : 6[1], 224 fg., 227[4].
**3, 6 De calumniatoribus.**
5 § 1 Ulp. : 5[4].
**4, 2 Quod metus causa gest.**
9 pr. Pomp., Ulp. : 5[6], 191[1].
§ 7 Jul., Ulp. : 6[7].
21 § 2 Paul. : 192[4].
**4, 3 De dolo malo.**
1 § 1 Ulp. : 3[2].
18 pr. Paul. : 310[6], 311[2], 312[2].
§ 1 Paul. : 311[2].
§ 3 Treb., Paul. : 5[12], 152, 154[1].
21 Ulp. : 353[8, 9].
22 Paul. : 353[8].
23 Gaius : 6[6].
**4, 4 De minor. XXV annis.**
16 § 2 Pomp., Ulp. : 5[7], 45[5], 111 fg., 125[1], 265, 267[1], 272[4, 14], 274[1], 281[1].
**4, 6 Ex quib. causis maior.**
23 § 2 Pap., Ulp. : 5[7], 191[1].
**4, 8 De receptis.**
27 § 7 Ulp. : 93.
**5, 2 De inoffic. testamento.**
26 Ulp. : 6[5], 224[1].
**5, 3 De hereditatis petitione.**
5 pr. Ulp. : 196[6].
16 § 7 Jul. : 225[1].
20 § 6c : 162[3].
31 pr. Ulp. : 224[1].
50 § 1 Pap. : 6[1].
**6, 1 De rei vindicatione.**
23 § 5 Paul. : 6[4].
37 Jul., Ulp. : 243[3].
38 Cels. : 245[3].
46 Paul. : 310[3].
48 Pap. : 246[7].
**7, 1 De usu fructu.**
3 pr. Gaius : 196[6].
12 § 5 Jul., Ulp. : 183[2].
**7, 5 De usu fructu ear. rer.**
5 § 1 Ulp. : 45[4], 125[1], 170[6], 266 fg., 272[4, 14].
7 Gaius : 209[1], 272[2].
8 Pap. : 95, 100[6], 112[2], 265[4].
**7, 9 Usufructuar. quemadm.**
7 pr. Ulp. : 15, 45[7], 125[1], 159[7], 266 fg., 272[4, 14], 338.
12 Ulp. : 183[2], 304[4].
**8, 2 De servit. praed. urb.**
35 Marcian : 5[12], 45[5], 108[2], 135[3], 141, 158, 199[4], 259, 262, 337[6], 342[4].
**8, 3 De servit. praed. rust.**
19 Paul. : 196[6].
**10, 3 Communi dividundo.**
14 § 1 Paul. : 243[5].
23 Ulp. : 94[4].
**10, 4 Ad exhibendum.**
9 § 4 Marcell., Ulp. : 6[5].
**11, 1 De interrog. in iure.**
1 pr. Callistr. : 312[1].
**11, 6 Si mensor falsum.**
3 § 2 Pomp., Ulp. : 152[3].
**11, 7 De religios.**
8 § 1 Ulp. : 162[5].
**12, 1 De rebus creditis.**
1 Ulp. : 334[6].
4 § 1 Ulp. : 5[2], 191[1], 302.
§ 2 Ulp. : 191[1].
6 Paul. : 68, 69[4].
9 Ulp. : 4, 31[3], 71, 137[1], 138, 294, 295.
9 pr. Ulp. : 4[1], 28, 44[2, 3], 49[2], 52, 59[1], 295.
§ 3 Ulp. : 44[3].
§ 9 Nerva, Proc., Marcell., Ulp. : 182[6].
14 Marcell., Ulp. : 314[5].
23 Jul., Afric. : 6, 162[3], 213[1], 223, 224, 224[4], 225, 226.

24 Ulp. : 25, 42[2], 49[2], 51, 51[2], 66, 68[1], 70[5], 71, 73, 76[1], 93[3], 261[1], 296[2], 334[7].
29 Jul., Paul. : 5[6].
31 pr. Paul. : 9[3], 67[3. 4].
§ 1 Paul. : 228 fg., 230, 231[3], 232, 233.
32 Cels. : 224[1].

**12, 2 De iureiurando.**
7 Ulp. : 39[2].
9 pr. Ulp. : 39[2].
11 § 2 Ulp. : 196[5], 260[2], 261[3].
13 § 2 Jul., Ulp. : 38, 42[2], 314[5].
14 Paul. : 43[2].
18 Jul., Ulp. : 353[6].
23 Ulp. : 354[2].
25 Ulp. : 354[2].
28 § 4 Paul. : 5[13], 44[2].
30 § 1 Paul. : 12[1].
§ 5 Paul. : 196[5], 261[3].
34 pr. Marcell., Ulp. : 335[3].
§ 3 Jul., Ulp. : 353[3].
§ 6 Ulp. : 353[4], 354[4].
§ 7 Ulp. : 353[5].
§ 8 Ulp. : 353[5].
§ 9 Ulp. : 353[7].

**12, 3 De in litem iurando.**
2 Paul. : 310[4. 5], 311[3].
3 Ulp. : 207[1], 311.
4 §§ 1. 2 Ulp. : 311[3], 312[2. 3].
5 pr. Marcian : 310[4].
§ 4 Marcian : 207[1], 311[4].
6 Paul. : 207[1], 311[4].
8 Marcell. : 213[2], 311[3].
10 Callistr. : 207[2].

**12, 4 De condictione causa data.**
2 Herm. : 142[2].
3 § 2 Ulp. : 5[5].
§ 4 Ulp. : 5[5].
§ 7 Cels., Ulp. : 182[6].
4 Ulp. : 45[7], 110[4], 124[2], 268, 271, 272[14], 344[5].
5 § 2 Ulp. : 12[2].
6 Ulp. : 142[2].
7 pr. Jul. : 42[2].
8 Nerat. : 105[2].
9 pr. Paul. : 142[2].
§ 1 Paul. : 45[7], 119 fg., 277[1], 278[2], 280[1].
10 Jav. : 271.
14 Paul. : 142[2].
15 Pomp. : 151[3], 182[7], 332[5].

**12, 5 De cond. ob t. caus.**
1 Paul. : 35[3].
6 Sab., Cels., Ulp. : 35, 130[5], 228[1], 230[2], 231.
7 Pomp. : 283[4].

**12, 6 De condictione indebiti.**
1 Ulp. : 334[6].
5 Ulp. : 226[3].
7 Pomp. : 15, 212[5].
13 Paul. : 231.
15 pr. Paul. : 315[2].
§ 1 Paul. : 45[7], 108[3], 189 fg., 199[1], 201[1], 208[2], 210[4], 314[4], 337, 341[3].
19 § 2 Pomp. : 74[7].
§ 3 Pomp. : 142[1].
22 § 1 Pomp. : 45[5], 108[2], 199[3], 258, 337, 342[4].
23 Pomp., Ulp. : 344[2].
24 Ulp. : 45[7], 124[2], 278, 280[1], 281[2], 345[6].
26 pr. Ulp. : 142[1], 144, 161[2].
§ 3 Ulp. : 172[3].
§ 4 Marcell., Ulp. : 156 fg., 169.
§ 5 Marcell., Ulp. : 152[2], 153 fg.
§ 12 Cels., Ulp. : 11[1], 17[4], 201[3], 212[5], 213[4], 251 fg.
§ 13 Cels., Marcell., Ulp. : 142[1], 156[1]. 335[3].
§ 14 Cels., Ulp. : 156[1].
30 Ulp. : 142[1], 145[2].
31 Ulp. : 45[7], 114[1], 125[4], 279.
32 pr. Jul. : 335[3].
§ 3 Jul. : 156[1], 335[3].
33 Jul. : 191[1], 219 fg., 242 fg., 246[7].
39 Marcian : 142[1], 148, 163, 165[3], 267.

40 pr. Marcian : 123, 123[2], 244 fg.
§ 1 Marcian : 45[4, 5], 142[1], 150, 222[1], 244 fg., 251[2].
44 Paul. : 102[1].
45 Jav. : 145 fg.
51 Pomp. : 246[7].
52 Pomp. : 35[3].
53 Proc. : 182[6].
64 Tryf. : 315[2].
65 pr. Paul. : 35[3], 36, 345[1].
§ 3 Paul. : 200.
§ 5 Paul. : 256[3].
§ 6 Paul. : 213[1].
§ 7 Paul. : 10[5], 17[3], 196[7], 201[3], 257 fg., 342[1].
§ 8 Paul. : 213[1].
§ 9 Paul. : 161[2], 162[3], 172[2].
67 § 4 Scaev. : 43[2].
**12, 7 De cond. sine causa.**
1 pr. Ulp. : 15, 35[3], 45[7], 124[2, 6], 198 fg., 278, 280[1], 289, 338, 344[7].
2 Cass., Ulp. : 5[11], 142[3].
3 Jul. : 45[4], 106 fg., 199[2], 273, 280[1], 281[2, 5], 338[1].
5 Pap. : 314[5].
**13, 1 De condictione furtiva.**
1 Ulp. : 183[2].
3 Jul., Paul. : 84, 214, 337[2].
7 § 1 Ulp. : 15, 84, 183[2].
§ 2 Ulp. : 84, 335[3].
8 pr. Ulp. : 15[1], 84, 182[3], 213[1], 292, 314[5], 320 fg., 336[3].
§ 1 Ulp. : 10[3], 182[3], 214[1], 234[1], 255[5], 321[2], 337[1].
§ 2 Ulp. : 214[5].
10 § 2 Ulp. : 183[2].
12 § 2 Arist., Ner., Ulp. : 45[4], 181 fg., 184, 210[5], 343[7].
14 pr. Jul. : 214, 215.
§ 2 Jul. : 84, 159[2].
16 Pomp. : 6[3], 12[1], 185[4].
18 Scaev. : 255[4].
**13, 3 De condict. tritic.**
1 pr. Ulp. : 49, 334[6], 336.
§ 1 Ulp. : 183[2], 304[4].
2 Cels., Ulp. : 45[7], 181[2], 184 fg., 188, 208[1], 210[3].
3 Ulp. : 66, 67, 335[3], 336[3].
**13, 5 De pecunia constituta.**
1 § 6 Ulp. : 71[2].
9 Pap. : 226[2].
**13, 6 Commodati.**
3 § 2 Ulp. : 66[3], 212[4], 310[6].
5 § 12 Ulp. : 203[3].
**13, 7 De pigneraticia actione.**
22 pr. Pap., Ulp. : 187 fg.
§ 2 Ulp. : 4[3].
28 Jul. : 159[2].
**14, 3 De institoria actione.**
17 § 4 Proc., Paul. : 224[1], 242[4].
§ 5 Paul. : 5[8], 242[4].
**14, 4 De tributoria actione.**
5 § 7 Labeo, Ulp. : 236[2].
**15, 1 De peculio.**
3 § 12 Labeo, Ulp. : 224[1], 235[2].
9 § 6 Ulp. : 235[6], 236[2].
§ 8 Ulp. : 236[3].
11 § 7 Jul., Ulp. : 5[12], 142[1], 236[3].
38 pr. Jul., Afric. : 241[2].
§ 2 Jul., Afric. : 236[2].
48 Paul. : 229 fg.
**15, 3 De in rem verso.**
17 pr. Jul., Afric. : 241[3].
§ 3 Afric. : 242[2].
**16, 1 Ad Sc. Velleianum.**
1 § 2 Paul. : 124, 268[1].
8 § 2 Marcell., Ulp. : 45[7], 115[1], 118[1], 120 fg., 125[2], 272[6], 274[2], 342[6].
§ 3 Marcell., Ulp. : 45[7], 114[3], 115[1], 118, 122, 275[3], 279, 344[5].
§ 7 Ulp. : 123[4], 124, 268[1].
§ 8 Ulp. : 6[3], 7[1], 110[2], 142[1], 162[2], 268, 271, 272[14], 344[5].
§ 9 Marcell., Ulp. : 123[3], 124, 268[1].

§ 10 Ulp. : 123[1, 2], 124, 268[1].
§ 11 Ulp. : 124, 268[1].
§ 12 Ulp. : 124, 268[1].
§ 13 Ulp. : 124, 268[1].
13 § 2 Gaius : 124, 268[1].
14 Jul. : 124, 268[1].
20 Afric. : 124, 268[1].
24 pr. Paul. : 121[2], 122.
§ 1 Paul. : 122.
§ 2 Paul. : 122 fg.
65 § 8 Paul. : 6[3].
**16, 2 De compensationibus.**
7 § 1 Ulp. : 145[2].
10 § 1 Ulp. : 142[1], 144.
**16, 3 Depositi.**
13 § 1 Paul. : 5[9], 6[3].
31 § 1 Tryph. : 45[7], 191[1].
33 Labeo, Jav. : 96[1].
**17, 1 Mandati.**
8 § 5 Jul., Ulp. : 203[3].
10 § 1 Ulp. : 224[1].
§ 3 Ulp. : 224[1].
§ 6 Ulp. : 203[3].
§ 9 Labeo, Ulp. : 236[3].
22 § 9 Mela, Paul. : 203[3], 231, 233.
37 Afric. : 66[8].
38 § 1 Marcell. : 203[1].
**17, 2 Pro socio.**
47 pr. Ulp. : 5[13].
52 pr. Ulp. : 203[3].
**18, 1 De contrahenda emptione.**
29 Ulp. : 224[4], 238[2].
62 § 1 Mod. : 162.
**18, 4 De hereditate vendita.**
8 Jav. : 146[2].
10 Jav. : 146[2].
19 Jul. : 201.
**18, 6 De periculo rei vendit.**
8 pr. Paul. : 68[2].
**19, 1 De act. empti venditi.**
5 § 1 Pomp., Paul. : 45[5], 111, 274[1], 280[1], 281[2].
6 § 1 Pomp. : 201.
§ 2 Pomp. : 201.
8 pr. Paul. : 45[4], 108[2], 199[4], 202[1], 258, 314[5], 337[8].
§ 1 Paul. : 202.
9 Pomp. : 201, 204.
11 § 6 Jul., Ulp. : 5[12], 142[2], 201.
§ 8 Nerat., Ulp. : 201.
13 § 4 Ulp. : 202.
§ 5 Jul., Ulp. : 201.
§ 23 Ulp. : 202.
§ 31 Ulp. : 162[2].
24 § 1 Jul. : 226 fg., 229, 230, 231, 232, 233.
30 pr. Jul., Afric. : 142[1], 162[3], 223[2], 224[1], 233 fg.
32 Pomp., Ulp. : 5[12], 151, 154[1], 332[3].
52 pr. Scaev. : 201.
§ 1 Scaev. : 202.
**19, 2 Locati conducti.**
9 pr. Pomp., Ulp. : 202.
§ 1 Marcell., Ulp. : 202.
10 Jul. : 202.
11 § 3 Ulp. : 203.
15 § 9 Jul., Ulp. : 202.
19 § 4 Labeo, Ulp. : 202.
§ 6 Mela, Ulp. : 6[3], 142[1]. 161[2].
30 § 1 Alfen. : 202.
33 Afric : 202.
**19, 3 De aestimatoria.**
19 § 3 Pap. : 43[2].
**19, 4 De rerum permutatione.**
1 § 4 Paul. : 142[2].
**19, 5 De praescriptis verbis.**
1 pr. Pap. : 6[5].
5 § 1 Paul. : 142[2], 161[5].
§ 2 Paul. : 5[5], 94, 96, 213[3], 335[7].
6 Nerat. : 93[3].
7 Pap. : 6[3], 96, 200, 213[3].
8 Pap. : 5[3], 94[4], 114[2].
9 Pap. : 93[3].
10 Jav. : 6[3].
13 § 1 Ulp. : 323[2].
16 pr. Pomp. : 93[3].
17 pr. Ulp. : 189[4].

21 Ulp. : 6[4].
22 Gaius : 93[3].
25 Marcian : 15, 212[5].
**20, 1 De pignor. et hypoth.**
16 § 3 Marcian : 310[3].
**20, 5 De distract. pignorum.**
12 § 1 Tryph. : 6[4], 43[2].
**21, 2 De evictionibus.**
38 Ulp. : 5[12].
74 § 1 Herm. : 5[12].
**22, 1 De usuris et fruct.**
2 Pap. : 9[3], 67[2].
3 § 1 Pap. : 9[3].
4 pr. Pap. : 92, 197[2].
38 § 1 Paul. : 214[5].
§ 2 Paul. : 214[5].
§ 3 Paul. : 214[5].
**22, 6 De iur. et facti ignorant.**
9 § 5 Paul. : 147 fg., 165[1], 166 fg., 169[7], 170[1].
**23, 3 De iure dotium.**
6 § 2 Pomp. : 224[1].
7 § 3 Ulp. : 105[2].
16 Ulp. : 224[1].
43 pr. Scaev., Ulp. : 280[5].
46 pr. Jul. : 45[4], 86[6], 104 fg., 199[2], 273[7], 280[1], 281[2].
50 pr. Afric. : 137[1], 139[1], 142[8].
59 § 1 Marcell. : 93[2], 95[5].
67 Proc. : 6[2], 182[6].
76 Tryph. : 45[7], 125[3], 127[1], 199[2], 276, 280[1], 289, 338.
78 § 5 Tryph. : 45[7], 121[2], 276 fg., 283[4], 284.
**23, 4 De pactis dotalibus.**
5 § 2 Paul. : 246[1].
**24, 1 De donat. inter vir. et ux.**
5 § 15 Ulp. : 168[1], 170[1].
6 Gaius : 191[1], 355[1].
7 § 7 Ulp. : 224[1].
46 Ulp. : 191[1].
52 § 1 Pap. : 274, 280[5].
55 Paul. : 42[2].
58 § 2 Scaev. : 6[3].
**25, 1 De inpensis in res dotal.**
4 Paul. : 250[3].
5 pr. Ulp. : 237[1].
§ 2 Marcell., Ulp. : 45[7], 222[1], 236[3], 245 fg., 251[2].
15 Nerat. : 246[5].
16 Nerat. : 246[5].
**25, 2 De actione rer. am.**
8 § 1 Pomp. : 310[6], 311[2].
17 § 2 Jul., Ulp. : 5[1], 45[1].
24 Ulp. : 5[1].
25 Marcian : 5[1], 191[1], 315[2].
26 Gaius : 5[1].
29 Tryf. : 10[4], 234[1], 322, 337[1].
**26, 7 De administrat. tutor.**
7 pr. Ulp. : 207[3].
55 § 1 Tryph. : 15, 212[5].
**27, 3 De tut. et rat. distrah.**
5 Ulp. : 5[9, 10].
**27, 4 De contrar. tut. act.**
1 § 4 Ulp. : 236[3].
**30 De legatis I.**
47 § 1 Ulp. : 59[2], 73[1].
58 Pap. : 220.
59 Ulp. : 221.
60 Jul. : 45[4, 5], 142[1], 150, 221 fg., 242 fg., 246[7], 251[2].
75 § 4 Jul., Ulp. : 94.
82 § 2 Jul. : 207[4].
**31 De legatis II.**
69 § 3 Pap. : 45[7], 176 fg., 265[4], 275[8].
**33, 2 De usu et usufr. leg.**
1 Paul. : 95.
**33, 4 De dote praelegata.**
7 § 4 Pap. : 153, 154, 170[6], 171, 173[3], 174 fg., 176, 222[1], 247, 265[4].
**33, 6 De tritico vino leg.**
8 Pomp. : 159[2].
**34, 3 De liberatione leg.**
3 § 3 Ulp. : 203[1].
8 § 6 Pomp. : 95[1].
**35, 2 Ad legem Falcidiam.**
1 § 11 Paul. : 6[5].
§ 12 Paul. : 165[1].
§ 16 Paul. : 164[6], 165[1].
7 Pap. : 156[1], 168.
14 § 1 Pap. : 170[6].
23 Scaev. : 156[1], 169[2].

26 Scaev. : 156[1].
31 Pomp. : 164[6], 165[3], 166[1], 167, 171[3], 178[2], 263[3].
32 § 2 Jul., Maec. : 164[6], 171[5].
63 Paul. : 213[2].
73 § 2 Gaius : 165[1].
80 § 1 Gaius : 169[2].
84 Jul. : 164[6], 165[1].

**35, 3 Si cui plus legatum.**
1 pr. Ulp. : 164[6], 166[1], 169[3].
§ 6 Ulp. : 166[1], 168, 330[1].
§ 7 Ulp. : 165[1], 167[1].
§ 8 Ulp. : 165[1], 167[1].
§ 9 Ulp. : 165, 171[3].
§ 11 Ulp. : 165, 165[1,3], 167[1].
2 Paul. : 164[6].
3 § 1 Ulp. : 165[2].
§ 2 Ulp. : 330[1].
§ 4 Ulp. : 170[2].
§ 5 Ulp. : 170[3], 173.
§ 10 Pomp., Ulp. : 45[7], 142[1], 164 fg., 170 fg., 175[1], 177, 178[2], 199[5], 202[1], 247[3], 263, 265, 267[1], 270[8], 272[1,5,14], 314[5], 337, 342[6].
4 pr. Paul. : 169[4], 171[6,7].
5 Marcell. : 165[1].
6 Callistr. : 169[6].
7 Paul. : 169[5].

**36, 1 Ad Sc. Trebellianum.**
22 Aristo, Pomp. : 112[1], 170[6], 177 fg., 191[1], 262[2], 264[5].
26 § 2 Jul. : 213[1].
28 § 16 Jul. : 165[1,4].

**36, 3 Ut legat. c. caveatur.**
1 § 17 Marcell., Ulp. : 6[5].

**36, 4 Ut in possessionem legat.**
1 pr. Ulp. : 45[7], 124[2,7], 279, 280[1], 345[6].

**37, 14 De iure patronat.**
6 § 1 Paul. : 196[4].

**38, 1 De operis libertorum.**
15 § 1 Cels., Ulp. : 196[4].
24 Jul. : 196[4].

**39, 5 De donationibus.**
2 § 3 Jul. : 45[4,7], 100[8], 101 fg., 105[8], 107[4], 108[7], 118[1], 199[2], 201[4], 273[5], 280[1], 281[2,5].
§ 4 Jul. : 45[7], 101 fg., 105[8], 118.
21 pr. Cels. : 101[1].

**39, 6 De mortis c. donationib.**
13 pr. Jul. : 190[1], 191[1].
18 § 1 Jul. : 5[8], 45[7], 107[4], 109 fg., 118, 118[1], 125[6], 268, 271[3,4], 272[6,14] 273[6], 280[1], 282[3], 337, 342[5].
19 Jul. : 213[1].
24 Afric. : 269, 280[3].
30 Ulp. : 110[2].
31 § 3 Jul., Gaius : 45[7], 110.
§ 4 Jul., Gaius : 45[7].
33 Paul. : 190[2,6].
35 § 3 Cass., Paul. : 142[2], 160.
§ 6 Paul. : 280[5].
37 § 1 Jul., Ulp. : 213[1].
39 Paul. : 213[1].

**41, 1 De adq. rer. dominio.**
39 Jul. : 227[2].

**41, 2 De adq. vel am. poss.**
1 § 6 Paul. : 227[2], 230[3].

**41, 3 De usurp. et usucap.**
16 Jav. : 182[1].
34 Alfen. : 230[3].
38 Gaius : 183[6], 186[3].

**42, 5 De reb. auct. iud.**
6 § 2 Paul. : 142[1].

**42, 8 Quae in fraudem credit.**
14 Ulp. : 110[1].

**43, 13 Ne quid in flum. publ.**
1 § 6 Ulp. : 313[4].

**43, 16 De vi et vi armata.**
6 Paul. : 192[4], 207[2], 216.

**43, 17 Uti possidetis.**
3 § 11 Ulp. : 84[6], 195[8], 215[4,5], 216 fg., 218.

**43, 24 Quod vi aut clam.**
15 § 9 Ulp. : 310[7].

**43, 26 De precario.**
14 Paul. : 189[4].

19 § 2 Jul. : 5[6], 45[4], 98 fg., 188 fg., 210[5], 243[5].
**44, 2 De exc. rei indicatae.**
5 Ulp. : 5[13].
**44, 4 De doli m. et met. exc.**
5 § 5 Paul. : 45[4.7], 101[1], 115[1], 119, 200, 201[2], 278[1], 280[1], 281[2], 284.
7 pr. Jul., Ulp. : 45[4.7], 102 fg., 107[4], 118[1], 199[2], 202[2], 273[5], 280[1], 281[2.5], 282[3].
§ 1 Jul., Ulp. : 45[7], 102 fg., 107[4], 108[7], 118[1], 281[2.5], 282[3].
14 Paul. : 246[7].
**44, 7 De obligat. et actionib.**
5 § 3 Gaius : 333.
25 pr. Ulp. : cf. Gaius IV 5.
34 § 1 Paul. : 5[10].
**45, 1 De verb. obligation.**
28 Paul. : 197[2].
29 § 1 Marcell., Ulp. : 237[3], 332[5], 336.
68 Paul. : 24[4], 69[5], 72[2], 217 fg., 287[8].
74 Gaius : 21, 68, 69[4], 70[6], 71.
75 Ulp. : 21, 73[3].
pr. Ulp. : 23, 68, 69[4], 72.
§ 2 Ulp. : 73[2].
§ 3 Ulp. : 72.
§ 4 Ulp. : 73[2].
§ 5 Ulp. : 59[2], 73.
§ 6 Ulp. : 24[1], 25[3], 72, 73, 76, 270[7].
§ 7 Ulp. : 21, 72, 72[1], 290[3].
§ 8 Ulp. : 73, 332[5], 333[3], 335[3].
118 § 2 Pap. : 74[1].
121 pr. Pap. : 92[6].
136 § 1 Paul. : 196[6].
**46, 1 De fideiuss. et mandat.**
19 Jul. : 231[1].
73 Paul. : 196[3].
**46, 2 De novat. et delegat.**
12 Paul. : 44[3], 45[4], 102[2], 114 fg., 119, 120, 277[1.4], 278[5], 280[1].
13 Ulp. : 45[7], 102[2], 115[1], 120.
**46, 3 De solut. et liberat.**
34 pr. Jul. : 142[1].
50 Paul. : 142[1], 157[1], 161[2].
66 Pomp. : 6[4].
72 § 3 Marcell. : 336.
95 § 6 Pap. : 196[5].
**46, 4 De acceptilatione.**
18 pr. Florent. : 71[2].
**46, 8 Ratam rem haberi.**
22 § 8 Jul. : 105[7].
**47, 2 De furtis.**
14 § 11 Ulp. : 189[4].
§ 16 Ulp. : 183[2], 185[4], 188, 314[5].
25 pr. Cels., Ulp. : 181[2], 183 fg., 185[4], 343[9].
§ 1 Cels., Ulp. : 181[2], 183 fg., 185, 185[3.4], 188, 208[1], 210[3], 343[9].
52 § 28 Ulp. : 214[3].
§ 29 Ulp. : 215.
55 § 3 Gaius : 84.
57 § 3 Jul. : 228[3].
68 § 5 Cels. : 12[1].
80 Pap. : 188[1].
**47, 10 De iniur. et fam. libell.**
7 pr. Ulp. : 78[1].
§ 2 Ulp. : 78[1].
§ 4 Ulp. : 78[1].
**50, 15 De censibus.**
5 § 1 Pap. : 245.
**50, 16 De verb. significat.**
53 pr. Paul. : 337.
178 pr. Ulp. : 50[3].
222 Herm. : 50.
**50, 17 De regulis iuris.**
41 Ulp. : 349[2], 351[6].
84 pr. Paul. : 143, 153, 155 fg., 169, 174[2].
133 Gaius : 104[3].
**16. Codex Iustiniani.**
**1, 18 De iur. et facti ignor.**
6 a. 294 : 46[1], 125[2], 280[1].
**2, 5 De calculi errore.**
1 a. 293 : 46[1], 280[1].

**2, 6 De postulando.**
3 a. 240 : 46[1], 125[1], 280[1].
**4, 1 De reb. cred.**
9 a. 294 : 353[4].
**4, 5 De condictione indebiti.**
1 a. 213 : 42[2].
2 a. 213 : 115[1], 280[1].
3 a. 293 : 46[1], 124[10], 284[4].
4 a. 293 : 46[1], 149[3].
8 a. 294 : 46[1].
10 Cels., Jul., Marcell., Pap., Ulp. : 335[3].
**4, 6 De condict. ob caus. dat.**
1 a. 215 : 42[2].
2 a. 227 : 42[2].
4 a. 259 : 46[1], 199[2], 280[1].
**4, 9 De condict. ex lege.**
2 a. 293 : 46[1], 124[10], 284[4].
**4, 29 Ad Sc. Velleianum.**
16 a. 294 : 268[1].
**4, 30 De non num. pec.**
7 a. 223 : 46[1], 125[5], 280[1].
**4, 32 De usuris.**
18 Dioclet. : 144[1].
**4, 64 De rerum permutatione.**
5 Dioclet. : 42[2].
6 Dioclet. : 93[3].
**5, 3 De donat. ante nuptias.**
15 § 1 a. 319 : 4[4].
**5, 13 De rei ux. act.**
1 § 5 a. 530 : 236[3].
**6, 47 De us. et fruct. leg.**
2 pr. a. 212 : 169[6].
§ 1 a. 212 : 165[1].
**6, 50 Ad legem Falcidiam.**
1 a. 197 : 169[7], 170[6].
6 pr. a. 223 : 146[3].
9 a. 238 : 148[1], 166[1], 170[1].
**8, 40 De fideiussor.**
15 pr. a. 239 : 46[1], 199[2], 280[1].
**8, 42 De solut. et liberat.**
25 a. 294 : 46[1], 284[4].
**8, 53 De donationib.**
22 a. 294 : 94[4].
36 pr. a. 531 : 46[1].
§ 2 a. 531 : 46[1].
**8, 54 De don. quae sub modo.**
1 a. 258 : 4[4], 330[7].
3 a. 290 : 42[2].
**17. Institutiones Iustiniani.**
**2, 6 De usucapionibus.**
§ 7 : 183[6], 186[3].
**2, 20 De legatis.**
§ 9 : 207[4].
**3, 14 Quib. mod. re contr.**
§ 1 : 333[7].
**3, 27 De oblig. quasi ex contr.**
§ 6 : 333[7].
§ 7 : 149[3].
**4, 6 De actionibus.**
§ 15 : 330[7].
§ 29 : 66[2].
**4, 7 Quod cum eo qui in al. pot.**
§ 4b : 242[4].
§ 8 : 5[3].
**18. Theophil. Paraphr. Inst. ed. Reitz.**
III 14 § 1 : 333[7].
IV 6 §§ 14. 15 : 61[2], 308[1], 330[7], 343[5].

**19. Scholiasten** (Basilicorum libri LX ed. Heimbach, Supplem. I ed. Heimbach, Supplem. II edd. Ferrini et Mercati).
Sch. 6 zu Paul. 4 §§ 1. 2 D. 2, 14 (B. XI 1 c. 4, H. I 556) : 280[3].
Cyrillus zu Ulp. 5 D. 2, 14 (B. XI 1 c. 5, H. I 557) : 53[5].
Sch. 1 zu Ulp. 7 D. 2, 14 (B. XI 1 c. 7, H. I 559. 560) : 53[1. 4], 54[2].
Sch. 3 zu Ulp. 7 D. 2, 14 (B. XI 1 c. 7, H. I 563) : 53[5].
Sch. 13 zu Ulp. 7 D. 2, 14 (B. XI 1 c. 7, H. I 566) : 53[1], 333[7].
Gregorius Sch. 3 zu Paul. 17 D. 2, 14 (B. XI 1 c. 17, H. I 586) : 54[7].
Sch. 6 zu Ulp. 3 § 2 D. 3, 6 (B. LX 1 c. 3, H. V 228) : 54[6].

Stephanus Sch. 1 zu Ulp. 5 §§ 1. 2 D. 7, 5 (B. XVI 5 c. 5, Suppl. I 109) : 62.
Stephanus Sch. 7 zu Ulp. 9 D. 7, 5 (B. XVI 5 c. 9, Suppl. I 110) : 62[3], 64[3].
Sch. 1—3 zu tit. D. 12, 1 (B. XXIII 1, H. II 584. 585) : 53[4], 54[4, 5, 7], 55[4, 6], 56, 57, 57[3], 58, 330[7].
Cyrillus zu Ulp. 1 D. 12, 1 (B. XXIII 1 c. 1, H. II 586) : 53[1], 57, 332[6].
Stephanus Sch. 2 zu Ulp. 1 D. 12, 1 (B. XXIII 1 c. 1, H. II 586. 587) : 55[4, 6], 57[2].
Sch. 15 zu Ulp. 1 D. 12, 1 (B. XXIII 1 c. 1, H. II 589) : 55[4].
Stephanus Sch. 4 zu Ulp. 4 §§ 1. 2 D. 12, 1 (B. XXIII 1 c. 4, H. II 591) : 53[1, 4], 54[1—4, 6, 7], 55[1, 4, 5], 60[1], 61[2], 298 fg., 304[4].
Sch. 5 zu Ulp. 4 §§ 1. 2 D. 12, 1 (B. XXIII 1 c. 4, H. II 592) : 55[1], 57[1], 304[2, 4].
Stephanus Sch. 6 zu Ulp. 4 §§ 1. 2 D. 12, 1 (B. XXIII 1 c. 4, H. II 592) : 55[4], 60[1].
Sch. 7 zu Ulp. 4 §§ 1. 2 D. 12, 1 (B. XXIII 1 c. 4, H. II 592) : 54[4], 55[1].
Cyrillus Sch. 1 zu Ulp. 9 pr. D. 12, 1 (B. XXIII 1 c. 9, H. II 595) : 57[2], 61[2], 296[4], 297[4], 298[5], 308[5].
Garidas Sch. 2 zu Ulp. 9 pr. D. 12, 1 (B. XXIII 1 c. 9, H. II 595) : 58[1], 61[5, 7], 64[1], 297[1].
Stephanus Sch. 2 zu Ulp. 9 pr. D. 12, 1 (B. XXIII 1 c. 9, H. II 595. 596) : 53[1], 55[3, 4], 58 fg., 61[6], 290, 296[1], 298[2], 308[1, 4].
Sch. 3 und 4 zu Ulp. 9 pr. D. 12, 1 (B. XXIII 1 c. 9, H. II 596) : 304[1].
Sch. 6 zu Ulp. 9 § 1 D. 12, 1 (B. XXIII 1 c. 9, H. II 597) : 297[4].
Stephanus Sch. 7 zu Ulp. 9 § 1 D. 12, 1 (B. XXIII 1 c. 9, H. II 597) : 302[1].
Sch. 13 zu Ulp. 9 § 4 D. 12, 1 (B. XXIII 1 c. 9, H. II 598) : 53[4].
Sch. 20 zu Ulp. 9 § 8 D. 12, 1 (B. XXIII 1 c. 9, H. II 600) : 54[1].
Sch. 22 zu Ulp. 9 § 8 D. 12, 1 (B. XXIII 1 c. 9, H. II 601) : 53[4].
Enantioph. Sch. 8 zu Ulp. 11 § 1 D. 12, 1 (B. XXIII 1 c. 11, H. II 604) : 63[3].
Sch. 14 zu Ulp. 11 § 2 D. 12, 1 (B. XXIII 1 c. 11, H. II 605) : 55[2].
Sch. 2. 3. 6. 7. 8 zu Pomp. 12 D. 12, 1 (B. XXIII 1 c. 12, H. II 606. 607) : 55[2].
Sch. 4. 5. 7. 10 zu Ulp. 13 D. 12, 1 (B. XXIII 1 c. 13, H. II 607—609) : 55[2].
Sch. 6 zu Ulp. 13 § 2 D. 12, 1 (B. XXIII 1 c. 13, H. II 608) : 63[3].
Sch. 9 zu Ulp. 13 § 2 D. 12, 1 (B. XXIII 1 c. 13, H. II 609) : 55[1].
Sch. 5 zu Ulp. 14 D. 12, 1 (B. XXIII 1 c. 14, H. II 609) : 54[1], 55[2].
Sch. 6 zu Ulp. 14 D. 12, 1 (B. XXIII 1 c. 14, H. II 610) : 55[2].

Sch. 7 zu Ulp. 14 D. 12, 1 (B. XXIII 1 c. 14, H. II 610) : 54[1].
Stephan. Sch. 5 zu Ulp. 15 D. 12, 1 (B. XXIII 1 c. 15, H. II 611) : 53[4].
Sch. 2. 4. 6. 7 zu Ulp. 18 D. 12, 1 (B. XXIII 1 c. 18, H. II 613—615) : 55[3].
Sch. 7 zu Ulp. 18 D. 12, 1 (B. XXIII 1 c. 18, H. II 615) : 304[4].
Sch. 7 zu Jul. 19 D. 12, 1 (B. XXIII 1 c. 19, H. II 617) : 55[3].
Stephan. zu Paul. 29 D. 12, 1 (B. XXIII 1 c. 29, H. II 623) : 55[1].
Sch. 4 zu Paul. 31 D. 12, 1 (B. XXIII 1 c. 31, H. II 625) : 54[7].
Stephan. Sch. 7 zu Paul. 31 D. 12, 1 (B. XXIII 1 c. 31, H. II 626) : 54[1].
Cyrill. Sch. 6 zu Paul. 28 § 4 D. 12, 2 (B. XXII 5 c. 28, H. II 551) : 55[4].
Stephan. Sch. 1 zu Ulp. 1 pr. D. 12, 4 (B. XXIV 1 c. 1, H. III 1) 54[2, 3].
Sch. 2 zu Ulp. 1 pr. D. 12, 4 (B. XXIV 1 c. 1, H. III 1) : 54[6].
Sch. 5 zu Ulp. 3 § 9 D. 12, 4 (B. XXIV 1 c. 3, H. III 3) : 332[6].
Cyrill. Sch. 1 zu Paul. 9 pr. D. 12, 4 (B. XXIV 1 c. 9, H. III 6) : 63[3].
Sch. 3 zu Paul. 9 § 1 D. 12, 4 (B. XXIV 1 c. 9, H. III 6) : 54[1].
Cyrill. Sch. 1 zu Paul. 14 D. 12, 4 (B. XXIV 1 c. 14, H. III 7) : 54[7].
Cyrill. Sch. 1 zu Paul. 1 D. 12, 5 (B. XXIV 2, H. III 15) : 54[6].
Sch. 1 zu Ulp. 6 D. 12, 5 (B. XXIV 2 c. 6, H. III 17) : 54[5].
Sch. 1 zu Ulp. 1 D. 12, 6 (B. XXIV 6, H. III 29) : 54[1].
Sch. 1 zu Pomp. 7 D. 12, 6 (B. XXIV 6 c. 7, H. III 30) : 53[2], 304[4].
Sch. 2 zu Paul. 15 § 1 D. 12, 6 (B. XXIV 6 c. 15, H. III 32) : 63[3].
Cyrill. Sch. 1 zu Ulp. 1 D. 13, 1 (B. LX 10, H. V 424) : 54[7].
Cyrill. Sch. 6 zu Ulp. 12 § 2 D. 13, 1 (B. LX 10 c. 12, H. V 439) : 62, 62[3], 181[3].
Sch. 7 zu Ulp. 12 § 2 D. 13, 1 (B. LX 10 c. 12, H. V 439) : 62[3], 181[3].
Sch. 1 zu Paul. 19 D. 13, 1 (B. LX 10 c. 19, H. V 445) : 55[1], 296[4].
Stephan. Sch. 1 zu Ulp. 1 pr. D. 13, 3 (B. XXIV 8 c. 7, H. III 43) : 48[9], 54[6].
Sch. 1 zu Ulp. 2 D. 13, 3 (B. XXIV 8 c. 8, H. III 43) : 63[3].
Sch. 11 zu Ulp. 11 § 4 D. 13, 7 (B. XXV 1 c. 11, H. III 59) : 53[4].
Enantioph. zu Paul. 9 § 5 D. 22, 6 (B. II 4 c. 9, H. I 84) : 170[1].
Sch. 16 zu Ulp. 5 § 9 D. 23, 3 (B. XXIX 1 c. 1, H. III 351) : 54[3].
Sch. 5 zu Ulp. 9 § 3 D. 23, 3 (B. XXIX 1 c. 5, H. III 356) : 54[4].
Sch. 3 zu Ulp. 43 pr. D. 23, 3 (B. XXIX 1 c. 1, H. III 378) : 54[3].
Sch. 5 zu Ulp. 43 § 1 D. 23, 3 (B. XXIX 1 c. 39, H. III 379) : 55[1], 296[3].
Sch. 1 zu Jul. 46 pr. D. 23, 3 (B. XXIX 1 c. 42, H. III 383) : 63[1].
Sch. 1 zu Tryph. 76 D. 23, 3 (B. XXIX 1 c. 72, H. III 417) : 63[3].
Sch. 1 zu Ulp. 5 pr. D. 25, 1 (B. XXVIII 10 c. 5, H. III 297) : 63[3].
Sch. 1 zu Paul. 3 § 2 D. 25, 2 (B. XXVIII 11 c. 3, H. III 300) : 54[7].
Sch. 3 zu Paul. 6 § 3 D. 25, 2 (B. XXVIII 11 c. 6, H. III 302) : 54[4].
Sch. 2 zu Ulp. 17 § 1 D. 25, 2 (B. XXVIII 11 c. 17, H. III 305) : 55[1].

Sch. 3 zu Ulp. 17 § 2 D. 25,2 (B. XXVIII 11 c. 17, H. III 306) : 55[4].
Sch. 4. 5 zu Ulp. 3 §§ 4. 5 D. 35,3 (B. XLI 2 c. 3, H. IV 138) : 63[3].
Cyrill. Sch. 6 zu Ulp. 3 §§ 4. 5 D. 35,3 (B. XLI 2 c. 3, H. IV 138) : 63[3].
Sch. 7 zu Ulp. 3 § 10 D. 35,3 (B. XLI 2 c. 3, H. IV 138) : 62[3].
Sch. 1 zu Jul. 2 pr. § 1 D. 39,5 (B. XLVII 1 c. 2, H. IV 564) : 62.
Sch. 45 zu Ulp. 14 § 16 D. 47,2 (B. LX 12 c. 14, H. V 463) : 54[7].
Sch. zu Ulp. 19 D. 50,16 (B. II 2 c. 17, H. I 63 ad c. 17) : 53[4].
Sch. zu 3 C. 1,18 (B. II 4 c. 12, H. I 84) : 170[1].
Sch. zu 1 C. 4,9 (B. XXIV 3, H. III 20) : 54[4].
Sch. zu 3 C. 4,9 (B. XXIV 3, H. III 20) : 54[5].
Sch. 1 zu 8 C. 4,10 (B. XXIV 3 c. 12, H. III 23) : 53[5].
Sch. 2 zu 1 C. 5,3 (B. XXVIII 3 c. 1, H. III 160) : 53[5].
Sch. 1 zu 10 C. 6,2 (B. LX 6 c. 27, H. V 396) : 54[7].
Sch. zu 22 C. 6,30 (B. XXXV 14 c. 89, H. V 918) : 53[5].
Sch. 4 zu 4 C. 9,32 (B. LX 29 c. 10, H. V 663) : 308[2].

**20. Basilicorum libri LX** (ed. Heimbach).
LI 4 c. 6 : 53[3].

---

Weimar. — Hof-Buchdruckerei.

